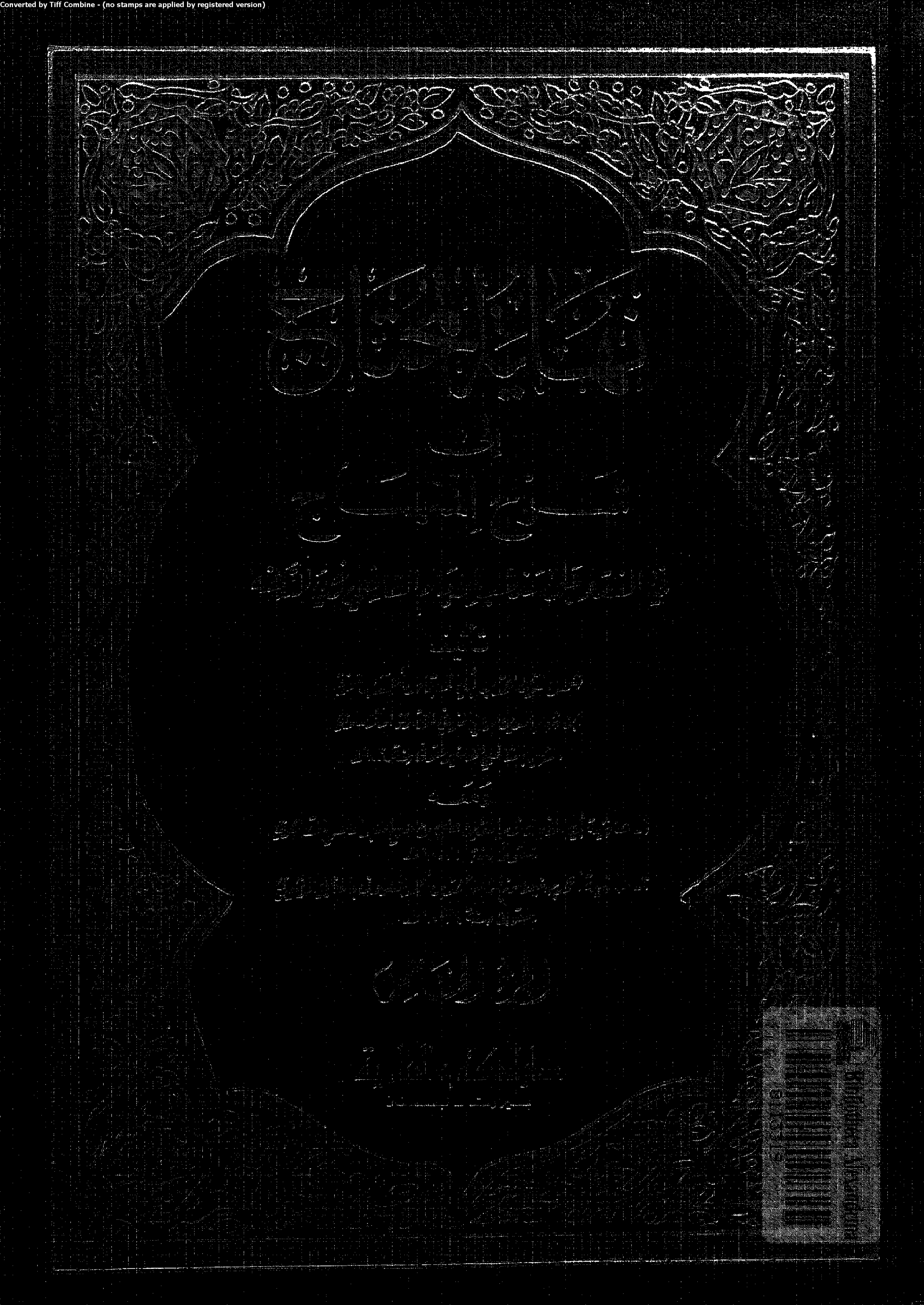


نهاية المحتاج

إلى

شرح المنهاج

في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

تأليف

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة

ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري

الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ

ومعه

١- حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري المتوفى سنة ١٠٨٧هـ

٢- حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي المتوفى سنة ١٠٩٦هـ

الجزء الخامس

دار الكتب العلمية

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ »
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

بكسر فسكون ، وحكى فتح فكسر وفتح فسكون ، وقد تحذف تاؤها فتصير بمعنى النصيب . وهى لغة : الاختلاط . وشرعا : ثبوت الحق شائعا فى شىء واحد أو عقد يقتضى ذلك . والأصل فيها قبل الإجماع الخبر الصحيح القدسى « يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده . والمعنى : أنا معهما بالحفظ والإعانة فأمدهما بالمعاونة فى أموالهما وإنزال البركة فى تجارتهما ، فإذا وقعت الخيانة بينهما رفعت البركة والإعانة عنهما ، وهو معنى خرجت من بينهما . ومقصود الباب شركة تحدث بالاختيار بقصد التصرف وتحصيل الربح وليست عقدا مستقلا ، بل هى فى الحقيقة وكالة

كتاب الشركة

(قوله وحكى فتح) يشعر بأن الأول هو الأفصح (قوله وقد تحذف تاؤها) أى على الأول ، وظاهر إطلاق الشارح أنه على الجميع (قوله وشرعا ثبوت الحق) ولو قهرا انتهى حج : أى كالإرث (قوله فى شىء واحد) أى بين اثنين أخذا من قوله شائعا (قوله القدسى) نسبة إلى القدس بمعنى الطهارة ، وسميت بذلك لنسبتها له جل وعلا حيث أنزل ألفاظها كالقرآن ، لكن القرآن أنزل للإعجاز بسورة منه ، والأحاديث القدسية ليس إنزالها لذلك ، وأما غير القدسية فأوحى إليه معانيها وعبر عنها بألفاظ من عند نفسه (قوله مالم يخن) أى ولو بغير متمول ، ثم فى قوله مالم يخن إشعار بأن ما أخذه أحد الشريكين مما جرت العادة بالمسامحة به بين الشركاء كشراء طعام أو خبز جرت العادة بمثله لايترتب عليه ماذكر من نزع البركة (قوله والإعانة) عطف مغاير (قوله فإذا وقعت الخيانة) وليس من الخيانة مالو تميز بعض الشركاء بزيادة على قدر نصيبه فأخذ شريكه من المال قدر حصته التى أخذها الأول لأنه إنما أخذ حقه (قوله وهو) أى رفع البركة (قوله بل هى فى الحقيقة وكالة) أى

كتاب الشركة

(قوله وقد تحذف تاؤها الخ) عبارة التحفة : وقد تحذف هاؤها فتصير مشتركة بينها وبين النصيب

وتوكيل كما يؤخذ مما سيأتى (هى) أى الشركة من حيث هى (أنواع) أربعة أحدها (شركة الأبدان كشركة الحمالين وسائر المحترفة ليكون بينهما كسبهما) بحرفتهما (متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة) كنجار ونجار (أو اختلافها) كنجار ورفاء ، وهى باطلة لما فيها من الغرر والجهل . (و) ثانيها (شركة المفاوضة) بفتح الواو من تفاوضا فى الحديث شرعا فيه جميعا أو قوم فوضى : أى مستوون (ليكون بينهما كسبهما) ببدن أو مال من غير خلط (وعليهما مايعرض من غرم) بنحو غصب أو إتلاف . وهى باطلة أيضا لاشتمالها على أنواع من الغرر فيختص كل فى هاتين بما كسبه ، نعم لو نويا هنا شركة العنان وثم مال بينهما صحت . (و) ثالثها (شركة الوجوه بأن يشترك الوجيهان) عند الناس لحسن معاملتهما معهم (ليبتاع كل منهما بمؤجل) ويكون المبتاع (لهما ، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان) المبتاع بها (بينهما) أو أن يبتاع وجيه فى ذمته ويفوض بيعه لخامل والربح بينهما ،

فيعتبر فيها ما يعتبر فى الوكيل والموكل (قوله هى) بالمعنى اللغوى أنواع الخ حج ، وهى أولى مما ذكره الشارح لأن القصد مما ذكر دفع مايرد على المتن من أن الباطل لايسمى شرعا شركة ، وقول ابن حجر بالمعنى اللغوى أظهر فى دفع الإيراد مما ذكره الشارح وإن كان مرادا له ، فإن قوله من حيث هى المراد به لابقيد كونها شركة عنان (قوله من حيث هى) أى لابقيد كونها مأذونا فيها ولا ممنوعا منها فتشمل الصحيحة والفاسدة (قوله كسبهما) لعله بمعنى مكسوبهما اهـ سم على حج (قوله بحرفتهما) أى سواء شرطا أن عليهما مايعرض من غرم أم لا ، وعلى هذا فبينها وبين شركة المفاوضة عموم من وجه (قوله وهى باطلة) صرح بذلك مع علمه من كلام المصنف الآتى توطئة للتعليل (قوله من تفاوضا) أى مأخوذ من الخ (قوله أو قوم فوضى) أى من قولهم هؤلاء قوم فوضى (قوله وهى باطلة) فيه ماتقدم (قوله نعم لو نويا) مفهومه أن الخلط بمجرده لايكفى بدون النية وإن وجدت بقية الشروط ، وفيه نظر فإنه مع وجود الشروط لاتعتبر النية ، اللهم إلا أن يقال إن من جملة ماتشتمل عليه شركة المفاوضة ، أن عليهما مايعرض من غرم وهو مفسد ، فلعل المراد أنهما إذا نويا بالمفاوضة شركة العنان اقتضى حمل الغرم المشروط على غرم ينشأ من الشركة دون الغصب مثلا ، ففائدة النية حمل المفاوضة فيما لو قالا تفاوضنا مثلا على شركة مستجمعة للشروط الصحيحة (قوله شركة العنان) أى كأن قالا تفاوضنا أو تشاركنا شركة العنان انتهى سم على حج نقلا عن شرح الروض ثم استشكله (قوله وثم مال) أى وخلطاه ، وأراد بالغرم العارض الحاصل بسبب التجارة كالخسران والربح وإلا فهو لايلاقى قوله أولا من غير خلط (قوله ويكون) بالنصب عطف على يبتاع ، قاله عميرة (قوله والربح بينهما) قد يقال هلا كان هذا جعالة : أى فيستحق أجرة مثل عمله ولو فاسدة لعدم تعيين العوض فإن قوله بع هذا ولك نصف الربح كقولك رد عبدى ولك كذا ، إلا أن يصور هذا بأن يقول اشتركنا

(قوله نعم لو نويا هنا شركة العنان الخ) يعنى فيما إذا قالا تفاوضنا . والصورة أن شروط شركة العنان متوفرة فيصح بناء على صحة العقود بالكنايات ، وعبارة الروض وشرحه : فإن أراد كل منهما بلفظ المفاوضة شركة العنان كأن قالا تفاوضنا : أى اشتركنا شركة عنان جاز بناء على صحة العقود بالكنايات انتهت . وقد علم مما قدمته أنهما لم يشرطا أن عليهما غرم مايعرض وهذا ظاهر ، وبهذا يندفع ما أطال به الشيخ فى حاشيته مما هو مبنى على أن الاستدراك فى كلام الشارح إلى صورة المفاوضة المذكورة ، وقد علم أنه ليس راجعا إلا للفظ المفاوضة فقط وإن كان فى السياق إيهام (قوله ليبتاع كل منهما بمؤجل) أى لنفسه ، ومن ثم لو وكل أحدهما الآخر أن يشترى فى الذمة لهما عينا وقصد المشترى ذلك صارا شريكين فى العين المشتراة .

أو يشترك وجيه لا مال له وخامل له مال ليكون المال من هذا والعمل من هذا من غير تسليم للمال والربح بينهما والكل باطل إذ ليس بينهما مال مشترك فكل من اشترى شيئا فهو له عليه خسره وله ربحه والثالث قراض فاسد لاستبداد المالك باليد (وهذه الأنواع باطلة) لما ذكرناه (و) رابعها (شركة العنان) وسيعلم أنها اشتراك فى مال ليتجرا فيه ، وهى (صحيحة) بالإجماع ولسلامتها من سائر أنواع الغرر من عنان الدابة لاستوائهما فى التصرف وغيره كاستواء طرفى العنان أو المنع كل الآخر مما يريد كنع العنان للدابة ، أو من عنّ ظهر لظهورها بالإجماع عليها ، أو من عنان السماء : أى ماظهر منها فهى على غير الأخير بكسر العين على الأشهر وعليه بفتحها . ولها خمسة أركان عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة . وبدأ المصنف منها بالأخير معبرا عنها بالشرط نظير مامر فى البيع فقال (ويشترط فيها لفظ) صريح من كل للآخر (يدل على الإذن) للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما (فى التصرف) أى التجارة بالبيع والشراء ، أوكناية تشعر بذلك لما مر آنفا أنها مشعرة لا دالة إلا بتجوّز وحينئذ فقد يشملها كلامه ، وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة ، فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون فى الكل

على أنك تبيع هذا والربح بيننا فليتأمل اه سم على حج . وقد يقال إن ماذكر لاينافى ماذكره سم من أنه جعالة لأن المستفاد من كلام الشارح فى هذه أن المشترى ملك الوجيه له ربحه وعليه خسره ولم يتعرّض فيه لما يجب للعامل ، فيحمل على ماذكره المحشى من أنه جعالة وعليه للعامل أجرة مثل عمله (قوله والثالث) أى من هذا القسم الثالث وهو قوله أو يشترك وجيه الخ (قوله فاسد) قال فى شرح العباب : وحينئذ يستحق الوجيه الذى هو بمنزلة العامل على الذى هو رب المال أجرة المثل فى مقابلة تصرفه فى ماله بإذنه على أن له حصة من الربح فدخل طامعا فيه ، فإذا لم يحصل منه شىء إذ هو كله للمالك وجبت له أجرة المثل كالعامل فى القراض الفاسد فى نحو هذه الصورة . قال القمولى : ولو لم يصدر منه إلا كلمة لا تعب فيها كلفظ بعت لم يستحق أجرة اه وهو ظاهر معلوم من باب الإجارة انتهى سم على حج (قوله لاستبداد) أى استقلال (قوله باليد) أى ولذا قيد بقوله السابق من غير تسليم للمالك . لكن قد يحصل الفساد بغير ذلك ككون المال غير نقد فلا يتوقف الفساد حينئذ على عدم تسليم المال كما هو ظاهر انتهى سم على حج (قوله وهذه الأنواع باطلة) أى ومع ذلك فإن كان فيها مال وسلم لأحد الشريكين فهو أمانة فى يده لأن فاسد كل عقد كصحيحه (قوله لما ذكرناه) أى من أن فيها غررا وجهلا أو نحو ذلك مما ذكره (قوله فى مال) أى مثلى أو متقوّم على مايأتى (قوله فهى على غير الأخير) هو قوله من عنان السماء (قوله وعليه) أى الأخير ، وقوله بفتحها : أى لاغير ، وعبارة الشيخ عميرة قول الشارح من عنّ إذا ظهر الخ : أى لأن جوازها ظاهر بارز . وقيل من عنان السماء وهو ماظهر منها . وقيل من عنان الدابة . قال القاضى عياض : فعلى الأولين تكون العين مفتوحة ، وعلى الأخير تكون مكسورة على المشهور انتهى . وهى مخالفة لما ذكره الشارح بناء على الأخذ من عنّ الشىء ظهر ، فإن صريح الشارح أنها بالكسر على المشهور ، وما ذكره الشيخ عميرة عن القاضى أنها بالفتح (قوله وعمل) استشكل عدّ العمل من الأركان مع أنه خارج عن العقد وإن وجد فليكن بعده . ويمكن الجواب بأن العمل الذى يقع بعد العقد هو مباشرة الفعل كالبيع والشراء ، والذى اعتبر ركنا هو تصور العمل وذكره فى العقد على وجه يعلم منه ماتعلق به العقد (قوله معبرا عنها) أى الصيغة (قوله من كل للآخر) هو غير ظاهر بالنسبة لما لو أذن أحدهما إلا أن يقال ماذكره الشارح هو الأصل ، وأن المراد مايشمل الإيجاب والقبول (قوله تشعر بذلك) أى بالإذن فى التصرف (قوله لما مر آنفا) أى فى شرح قوله فى الفصل السابق لفظ يشعر بالالتزام ، لكن قوله إلا بتجوّز ظاهر فى أنه إذا استعمل على وجه الكناية لايكون حقيقته ، وقد ينافيه قوله ثم

والآذن فى نصيبه خاصة ، فإن شرط عدم تصرفه فى نصيبه لم تصح (فلو اقتصرا على) قولهما (اشتركنا لم يكف) عن الإذن فى التصرف (فى الأصح) لاحتماله الإخبار عن وقوع الشركة فقط ، ومن ثم لو نوياه كفى كما جزم به السبكى . والثانى يكفى لفهم المقصود منه عرفا وعبر عن الركن الثانى . والثالث وهما العاقدان بقوله (و) يشترط (فيهما) أى الشريكين إن تصرفا (أهلية التوكيل والتوكيل) فى المال إذ كل منهما وكيل عن صاحبه وموكل له ، فإن تصرف أحدهما فقط اشترط فيه أهلية التوكل وفى الآخر أهلية التوكيل حتى يصح أن يكون الثانى أعمى دون الأول كما فى المطلب ، ومقتضى كلامهم جواز مشاركة الولى على مال محجوره ، وتوقف ابن الرفعة فيه بأن فيه خلطا قبل العقد من غير مصلحة ناجزة ، بل قد يورث نقصا مردودا بأن العرض وجود مصلحة فيه لتوقف تصرف الولى عليها واشتراط نجاز المصلحة ممنوع . نعم يشترط كما قاله الأذرعى كون الشريك أمينا بحيث يجوز إيداع مال اليتيم عنده ، قال غيره : وهو ظاهر إن تصرف دون ما إذا تصرف الولى وحده ، ويكره مشاركة الكافر ومن لايحترز من الشبهة ، ولو شارك المكاتب غيره لم يصح كما قاله ابن الرفعة إن كان هو المأذون له : أى ولم يأذن له السيد لما فيه من التبرع بعمله ويصح إن كان هو الآذن ، فإن أذن السيد صح مطلقا . ثم ذكر الركن الرابع وهو

لأنها : أى الكناية ليست دالة : أى دلالة ظاهرة انتهى . فإن المتبادر من قوله أى دلالة ظاهرة أنها تدل دلالة خفية ويكون حقيقة ، وقد يقال مراده ثم أن دلالتها حيث كانت خفية مجاز فيحمل ماهناك على ما هنا (قوله خاصة) أى ولا يكون ذلك شركة إلا إذا صرح بلفظ الشركة ، ويدل لذلك قول سم على منهج فيما نقله عن العباب حيث قال : قال فى العباب : ولو قال أحدهما للآخر فقط اتجر مثلا تصرف فى الجميع وصاحبه فى نصيبه فقط حتى يأذن له شريكه وهذه صورة أبضاع لاشركة ولا قراض انتهى . فقول الشارح أو من أحدهما يخص بما إذا كان هناك لفظ شركة فتأمله ، لكنه قال فى حاشية حج بعد نقله كلام العباب : والوجه حيث وجد خلط مالين بشرطه ووجد إذن فى التصرف ولو لأحدهما فقط كان شركة ، وإن لم يوجد مال من الجانبين بل من أحدهما مع إذن صاحبه للآخر كان قراضا بشرطه انتهى (قوله لم تصح) أى للشرط الفاسد وهو منعه من التصرف فى ملكه ، ومع ذلك فتصرف الآذن فى نصيبه صحيح وتصرف المأذون له فى الكل صحيح أيضا بعموم الإذن وإن بطل خصوص الشركة (قوله فلو اقتصرا على قولهما) فيه إشارة على التصوير بوقوع هذا القول منهما ، وأنه إذا انضم إليه الإذن فى التصرف كفى ، ويبقى مالو وقع هذا القول من أحدهما مع الإذن فى التصرف ، وينبغى أن لايكفى لأنه عقد متعلق بمالهما فلا يكفى فيه اللفظ من أحد الجانبين بل لابد معه من وقوعه من الآخر أو قبوله وفاقا لمر انتهى سم على حج (قوله أن يكون الثانى) أى غير المتصرف (قوله أعمى) انظر كيف يصح عقد الأعمى على العين وهو المال المخلوط . ويجاب بأنه عقد توكيل وتوكيله جائز كما يأتى وقضية ذلك صحة قراضه انتهى سم على حج (قوله ومقتضى كلامهم) أى حيث لم يشترطوا فى الشريك كونه مالكا (قوله بحيث يجوز) أى فلو ظنه أمينا أو عدلا فبان خلافه تبين بطلان الشركة ، وهل يضمن الولى بتسليم المال له أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لتقصيره بعدم البحث عن حاله قبل تسليم المال له (قوله ما إذا تصرف الولى وحده) قال حج : نعم قياس مامر أن لايكون بما له شبهة : أى إن سلم مال المولى عنها انتهى (قوله ومن لايحترز من الشبهة) ينبغى أن محل ذلك حيث سلم مال المشارك من الشبهة أو كانت فيه أقل وإلا فلا كراهة (قوله ولم يأذن له) أى فى الشركة المذكورة (قوله صح مطلقا) أى آذنا أو مأذونا له

المسال فقال (وتصح) الشركة (فى كل مثلىّ) بالإجماع فى النقد الخالص وعلى الأصح فى المغشوش الرائج لأنه باختلاطه يرتفع تميزه كالنقد ومنه التبر كما سيصرح به فى الغصب ، وقول الشارح : ولا تجوز فى التبر وفيه وجه فى التتمة فرعه على المرجوح القائل باختصاصها بالنقد المضروب . نعم يمكن حمله على نوع منه غير منضبط (دون المتقوّم) بكسر الواو لتعذر الخلط فى المتقوّمات لأنها أعيان متميزة وحينئذ تتعذر الشركة لأن بعضها قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده (وقيل يختص بالنقد المضروب) الخالص كالقراض فالمضروب صفة كاشفة إن قيل بأن النقد لايكون غير مضروب كما هو أحد الاصطلاحين (ويشترط خلط المالين) قبل عقدها ، فلو وقع بعده فى المجلس لم يكف على الأصح لأن أسماء العقود المشتقة من المعانى يجب تحقق تلك المعانى فيها ، ومعنى الشركة الاختلاط والامتزاج وهو لايحصل فى ذلك لما يأتى أو بعد مفارقته لم يكف جزما (بحيث لايتميزان) وإن لم تتساو أجزاؤهما فى القيمة لتعذر إثبات الشركة مع التميز (ولا يكفى الخلط مع اختلاف جنس) كدراهم ودنانير (أو صفة كصحاح ومكسرة) وأبيض وغيره كبر أحمر بأبيض لإمكان التميز وإن عسر ، فإن كان لكل علامة مميزة عند مالكه دون بقية الناس لم يكف فى أوجه الوجهين ، وقضية كلامه عدم اشتراط تساوى المثلين فى القيمة

(قوله فى المغشوش) وكالمغشوش فى الخلاف سائر المثليات ، ولم ينبه الشارح على ذلك اكتفاء بما فهم من قول المصنف وقيل يختص بالنقد الخ (قوله الرائج) أى فى بلد التصرف فيما يظهر حيث كانت بلد التصرف غير بلد العقد بأن نص عليها ، ولو أطلق الإذن احتمل أن العبرة ببلد العقد لأنها الأصل (قوله يرتفع) أى يزول (قوله بالنقد المضروب) أولى منه ما فى كلام سم من أن هذا مفرع على اشتراط المثلية ، ووجه الأولوية أنه لايظهر تفريعه على اشتراط كون النقد مضروبا لأن الضرب منتف فى التبر ، وعبارة شرح الروض : وتصح الشركة فى التبر ، وما أطلقه الأكثرون هنا من منع الشركة فيه مبنى على أنه متقوم اه بالمعنى ، وهو موافق لسم (قوله كالقراض) قضيته أن القرض على المغشوش غير صحيح (قوله نعم يمكن حمله) أى كلام الشارح (قوله كما هو أحد الاصطلاحين) أى للفقهاء أحدهما أنه للنقد مطلقا وجروا عليه فى باب الزكاة ، والثانى أنه اسم للدراهم والدنانير المضروبة وجروا عليه هنا وفى القراض (قوله فلو وقع بعده) بقى ما لو وقع مقارنا ونقل عن شيخنا الزيادى بالدرس أنه كالبعدية فلا يكفى وفيه وقفة ، ويقال : ينبغى إلحاقه بالقبلية فيكفى لأن العقد إنما تم حالة عدم التمييز وهو كاف (قوله وهو لايحصل فى ذلك) أى المخلوط بعد العقد (قوله بحيث لايتميزان) قال حج فى الإيعاب ماحاصله : لو كان متميزا عند العقد وغير متميز بعده فهل يصح نظرا لعدم التميز فى المستقبل أو لايصح نظرا لحالة العقد ؟ فيه نظر اه . أقول : الأقرب الثانى لجواز أن يتصرف فيه قبل وصوله إلى الحالة التى لايتميز فيها وبقى عكسه ، والأقرب فيه أيضا الصحة ، ويمكن تصوير ما قاله حج بأن يكون بكل من النقدين علامة تميزه عن الآخر ، لكن عرض قبيل العقد مايمنع ذلك كطلاء أو صدإ أو نحوه يمنع وقت العقد لكنه يعلم زواله بعد (قوله مع اختلاف جنس) أى يحصل معه التمييز كما أشار إليه بقوله كدراهم الخ ، أما خلط أحد الجنسين بآخر بحيث لايحصل معه تمييز فإنه يكفى كخلط زيت بشيرج (قوله فى أوجه الوجهين) ومثله عكسه بالأولى ، لكن نقل عن الشيخ حمدان أنه قال بعد مثل كلام الشارح وحكم عكسه عكس حكمه اه : أى فإذا كان متميزا عند غير العاقدين وليس متميزا عندهما صحت الشركة ، وقد يتوقف فيه بأنه متميز بالفعل عند عامة الناس وعدم التمييز للعاقدين بجواز أنه لعدم معرفته بصفة النقود (قوله عدم اشتراط تساوى المثلين) لايقال : هذا علم من

(قوله بالاجماع فى النقد الخالص) يوهم قصر المثلىّ على النقد ، وعبارة الجلال : نقد وغيره كالحنطة (قوله لأنه باختلاطه الخ) علة للمتن

وهو كذلك (هذا) المذكور من اشتراط خلطهما (إن أخرجا مالين وعقدا ، فإن ملكا مشتركا) بينهما على جهة الشيوع وهو مثلى إذ الكلام فيه ، ولهذا قيده به الشارح لا للاحتراز عن مقابله إذ ذلك علم حكمه من قوله والحيلة إلى آخره ، ويصح التعميم هنا وتكون تلك الحيلة لابتداء الشركة فى عروض حاصلة بينهما (بإرث وشراء وغيرهما وإذن كل) منهما (للآخر فى التجارة فيه) أو إذن أحدهما فقط نظير مامر (تمت الشركة) لحصول المعنى المقصود بالخلط (والحيلة فى الشركة فى) المتقوّم من (العروض) لها طرق منها أن يرثاها مثلا أو (أن يبيع) مثلا (كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر) سواء أتجانس العرضان أم اختلفا ، وأراد بكل : الكل البدلىّ لا الشمولىّ ، إذ يكفى بيع واحد منهما بعض عرضه لصاحبه ببعض عرض الآخر لأنه بائع الثمن ، فيكون كل حينئذ على ظاهرها على أن كل لابد منه بالنسبة لقوله (ويأذن) له (فى التصرف) فيه بعد التقابض وغيره مما شرط فى البيع ، ومحله مالم يشرطا فى التبايع الشركة ، فإن شرطاها فسد البيع كما نقله فى الكفاية عن جماعة وأقرّه ، ولا يشترط علمهما بقيمة العرضين ، ومنها أن يشتريا سلعة بثمن واحد ثم يدفع كل عرضه بما يخصه (ولا يشترط تساوى قدر المالين) أى تساويهما فى القدر كما فى المحرر (والأصح أنه لايشترط العلم بقدرهما) أى بقدر كل من المالين أهو النصف أم غيره (عند العقد) حيث أمكنت معرفته بعد بنحو مراجعة حساب أو وكيل لأن الحق لهما لايعدوهما ، بخلاف

قوله أولا وإن لم تتساو أجزاؤهما لأنا نقول : يجوز حمل مامرّ على أن المراد لم تتساو أجزاء مال كل منهما فى القيمة ، لكن تساوى مجموع ماليهما فى القيمة وما هنا فى عدم تساوى مجموع المالين وعلى تسليم أن ماهنا مساو لما مرّ فيجوز أنه ذكره للتنبيه على أن كلام المصنف يفيده (قوله وهو كذلك) أى ويكون الاشتراك فى المال بينهما بحسب القيمة ، نقله الرافعى عن العراقيين اه سم على منهج : أى فلو اختلفا فى القيمة وقف الأمر إلى الاصطلاح (قوله ولهذا قيده به الشارح) أى بقوله مما تصح فيه الشركة (قوله لا للاحتراز عن مقابله) أى وهو المتقوّم (قوله على ظاهرها) أى من الشمول لهما (قوله على أن كل) أى لفظ كل (قوله لابد منه) فيه نظر ، وإن كان ظاهر عبارتهم وقياس ماسبق فى شركة المثلى الاكتفاء بإذن أحدهما . فإن قيل : الحامل على ماقال قول المصنف الآتى ويتسلط كل واحد منهما على التصرف بلا ضرر . قلت : هذا راجع لما تقدم فى المثلى أيضا مع أن الشارح بين الاكتفاء بإذن أحدهما فيه وجعله داخلا فى معنى المتن فليحرر سم على حج . وقد يقال يكفى فى أن كلا لابدّ منه موافقته للظاهر والغالب من أن كلا من الشريكين يأذن لصاحبه ، وكون ذلك هو الغالب لاينافى الاكتفاء بإذن أحدهما (قوله الشركة) لعل المراد بها التصرف وإلا فلا وجه للفساد اه سم على حج (قوله العرضين) أى اللذين وقع التبايع فيهما (قوله بما يخصه) أى فيما يخصه (قوله أى تساويهما فى القدر) أى وهى أوضح لأن التساوى بين ذات المالين فى القدر الذى هو صفة فيهما ، وعبارة ع نصها : قول المصنف تساوى قدر المالين التساوى هو التماثل فيكون بين شيئين فأكثر ، وقد أضافه المصنف لقدر المالين وهو مفرد ، فلا بدّ أن يؤول قدر المالين

(قوله مالم يشرطا فى التبايع الشركة) أى المفيدة لصحة التصرف التى هى مقصود الباب كما هو ظاهر (قوله وعدل عنه الخ) عبارة التحفة : عدل إليه عن قول أصله وليس من شرط الشركة تساوى المالين فى القدر لأنه مع كونه بمعناه أخصر منه ، وإن كانت عبارة أصله أوضح إذ التعدد فى فاعل التفاعل الذى هو شرط فيه أظهر فى عبارة الأصل منه فى عبارة المتن ، إذا المضاف إلى متعدد متغاير متعدد انتهت . وقول الشارح : وعدل عنه لدفع الخ ساقط فى بعض النسخ ، وهى الصواب إذ لامعنى له .

مالا تمكن معرفته . والثانى يشترط وإلا أدى إلى جهل كل منهما بما أذن فيه وبما أذن له فيه ، ولو جهلا القدر وعلما النسبة بأن وضع أحدهما الدراهم فى كفة الميزان ووضع الآخر بإزائها مثلها صح جزما كما قاله الماوردى وغيره ولو اشتبها ثوباهما لم يكف للشركة كما فى الروضة لأن ثوب كل منهما مميز عن الآخر (ويتسلط كل واحد منهما على التصرف) إذا أذن كل لصاحبه (بلا ضرر) كالوكيل فى جميع ما يأتى فيه بأن يكون فيه مصلحة وإن لم توجد غبطة خلافا لما أوهمه تعبير أصله من منع شراء ماتوقع ربحه إذ هى التصرف فيما فيه ربح عاجل له وقع (فلا) يبيع بثمن المثل وثم راغب ، بل لو ظهر ولو فى زمن الخيار لزمه الفسخ وإلا انفسخ ، ولا (يبيع نسيئة) للغرر (ولا بغير نقد البلد) كالوكيل كذا جزما به هنا ، ولا ينافيه أنه يجوز للعامل البيع بغيره مع أن المقصود من البابين متحد وهو الربح ، لأن العمل فى الشركة غير مقابل بعوض كما صرحوا به ، فلا يلزم من امتناع التصرف بغير نقد البلد تضرر ، بخلاف العمل ثم فإنه يقابل بالربح ، فلو منعناه من التصرف بغير النقد لضيقنا عليه طرق الربح الذى فى مقابلة عمله وفيه من الضرر والمشقة مالا يخفى ، على أن المراد بكون الشريك لايبيع بغير نقد البلد أنه لايبيع بنقد غير نقد البلد إلا أن يروج كما صرح به ابن أبى عصرون ، ولما أشكل هذا المقام قال ابن يونس : إن اشتراط ماذكر هنا غلط وقد علم رده ، إذ الشريك يجوز له البيع بالعرض أيضا ، وفارق نقد غير البلد بأنه لايروج ثم فيتعطل الربح بخلاف العرض ، ولهذا لو راج جاز كما علم مما مر ، وعلى هذا فقول المصنف ولا بغير نقد البلد أخرج بالنقد العرض ، وفيه تفصيل وهو أنه إن راج جاز وإلا فلا ، والمفهوم إذا كان فيه ذلك لايرد ، هذا والأوجه الأخذ بالإطلاق هنا

بقدريهما أو يرتكب ما قاله الشارح (قوله فى كفة) بكسر الكاف وفتحها مختار (قوله صح جزما) ظاهره أنه لافرق فى الدراهم بين أن تكون من الطيبة أو المقاصيص حيث عرفت قيمتها ، ويوجه فيها بأن الشركة ليس وضعها على أن يرد مثل ما أخذ ، بل المقصود أن يشترى بالمال المخلوط ما يحصل منه ربح ، ثم عند إرادة الانفصال تحصل قسمة المالين بما يتراضيان عليه ، وهذا بخلاف القرض فإن مبناه على رد المثل الصورى ، وهو متعذر لعدم انضباط القص فالقياس فيه عدم الصحة (قوله لم يكف) أى الاشتباه لصحة الشركة عن الاختلاط ، فإن أرادا صحة الشركة فليبع أحدهما بعض ثوبه للآخر ببعض ثوبه ويغتفر ذلك مع الجهل للضرورة كما فى اختلاط حمام البرجين (قوله لأن ثوب كل منهما مميز عن الآخر) أى ولأنه قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده كما مر (قوله إذ هى) أى الغبطة (قوله لزمه الفسخ) أى فى القراض (قوله وإلا انفسخ) أى بنفسه (قوله ولا بغير نقد البلد) أى لايجوز بالعرض ولا بغير نقد البلد م ر اه سم على حج وقول سم : ولا بنقد غير البلد ظاهره وإن راج كل منهما (قوله أنه يجوز للعامل) أى فى القراض (قوله بنقد غير نقد البلد) أى أما العرض فيبيع به على ماتفيده هذه العبارة وصرح به سم على منهج حيث قال : قوله ولا بنقد غير بلد البيع الخ : أى بنقد غير نقد بلد البيع ، بخلاف العرض فيجوز البيع به وإن خالف ماقدمناه عن سم نقلا عن الشارح وما يأتى فى قوله هذا والأوجه الخ (قوله وقد علم) أى من كلام م ر (قوله رده) أى من قوله على أن المراد الخ (قوله وفارق) أى العرض (قوله ولهذا لو راج) أى نقد غير البلد (قوله وفيه) أى العرض (قوله هذا والأوجه الأخذ بالإطلاق)

(قوله وقد علم رده) أى بالتأويل المذكور فى قوله على أن المراد الخ : أى فهم قائلون هنا بجواز البيع بالعرض أيضا لم يغلطوا (قوله وعلى هذا) أى بتقدير أن موصوف لفظ غير المحذوف لفظ نقد : أى ولا يبيع بنقد

فلا يبيع بعرض وإن راج (ولا) يبيع ولا يشترى (بغبن فاحش) وسيأتى ضابطه فى الوكالة ، فإن فعل شيئا من ذلك صح فى نصيبه خاصة فتفسخ الشركة فيه ويصير مشتركا بين المشترى والشريك (ولا يسافر به) حيث لم يعطه له فى السفر ولا اضطر إليه لنحو قحط وخوف كما بحثه الأذرعى ، بل قد يجب عليه. كما فى نظيره من الوديعة ولا كانا من أهل النجعة وإن أعطاه له حضرا ، فإن فعل ضمن وصح تصرفه (ولا يبضعه) بضم التحتية فسكون الموحدة أى يدفعه لمن يعمل فيه لهما ولو تبرعا لعدم رضاه بغير يده ، فلو فعل ضمن أيضا ، واقتصار كثير على دفعه لمن يعمل فيه متبرعا باعتبار تفسير الأبضاع (بغير إذنه) قيد فى الجميع ، نعم مجرد الإذن فى السفر لايتناول ركوب البحر ، بل لابد من النص عليه كنظيره فى القراض ، وقوله بما شئت إذن فى المحاباة كما يأتى بزيادة فى الوكالة لا بما ترى لأن فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضى النظر بالمصلحة ، وعقد الشركة جائز من الجانبين كما قال (ولكل) من الشريكين (فسخه متى شاء) كالوكالة (وينعزلان عن التصرف) جميعا (بفسخهما) أى فسخ كل منهما (فإن قال أحدهما) للآخر (عزلتك أو لا تتصرف فى نصيبى) إن

عبارة سم على منهج : ومحل منع نقد غير البلد إذا لم يرج فى البلد وإلا جاز اه . وهو مخالف لمقتضى ماتقدم عنه على حج (قوله فلا يبيع بعرض وإن راج) أى أما نقد غير البلد فيبيع به إن راج كما صرح به سم فيما تقدم (قوله ويصير مشتركا) أى على جهة الشيوع ، ولكن لايتصرف أحدهما إلا بإذن الآخر (قوله بين المشترى والشريك) أى غير البائع (قوله ولا كانا من أهل النجعة) ينبغى أن مثل أهل النجعة من جرت عادتهم بالذهاب إلى أسواق متعددة ببلاد مختلفة كبعض بائع الأقمشة فيجوز له السفر بالمال على العادة ولو فى البحر حيث غلبت السلامة ، إلا أن يقال : أهل النجعة يضطرون للنجعة لأغراض تتعلق بهم ، ولا كذلك المسافرون للبيع على الوجه المذكور فيضمن حيث سافر بلا إذن من الشريك ، وينبغى الاكتفاء بالإذن له فى السفر على وجه التعميم أو يطلق الإذن فيحمل على العموم (قوله فلو فعل ضمن) وظاهره صحة التصرف وهو ظاهر إن قلنا بصحة توكيل أحد الشريكين وهو المعتمد وإلا فلا (قوله باعتبار تفسير الأبضاع) أى وإلا فلا فرق فى الضمان بين ذلك ودفعه لمن يعمل فيه بأجرة (قوله بغير إذنه) قيد فى الجميع ، أما بإذنه فيصح ثم إن كان لما أذن له فيه محمل حمل عليه ، كأن كانت النسيئة مثلا معتادة فى أجل معلوم فيما بينهم ، وإلا فينبغى اشتراط بيان قدر النسيئة ويحتمل الصحة ويبيع بأى أجل اتفق لصدق النسيئة به (قوله لايتناول ركوب البحر) .

[فائدة] الإذن فى السفر لايتناول البحر الملح إلا بالنص سم على منهج . أقول : ينبغى ولا الأنهار العظيمة حيث خيف من السفر فيها ، ومحل ذلك حيث لم يتعين البحر طريقا بأن لم يكن للبلد المأذون فيه طريق غير البحر ، وينبغى أن يلحق به مالو كان للبلد طريق أخرى لكن كثر فيه الخوف أو لم يكثر لكن غلب سفرهم فى البحر (قوله إذن فى المحاباة) أى بلا همز كما يؤخذ من المختار حيث ذكره فى المعتل ، ومع ذلك فينبغى أن لايبالغ فى المحاباة بل

غير نقد البلد ، وهذا مايفيده كلام الشارح وهو غير سديد ، فإن هذا إنما ينبنى على أخذ ، المتن على ظاهره قبل التأويل ، كما لايخفى ، على أن قوله أخرج بالنقد العرض لايناسب ما قرره ، وإنما الذى يناسبه أن يقول أخرج بنقد البلد نقد غير البلد وفيه تفصيل الخ (قوله فلا يبيع بعرض وإن راج) سكت عن نقد غير البلد الرائج ، لكن تمسكه بإطلاقهم يقتضى المنع فيه مطلقا كالعرض (قوله ولا يشترى) أى بعين مال الشركة فإن اشترى فى الذمة وقع له (قوله أى فسخ كل منهما) مراده به الكل البدلى ، إذ الصحيح أنه إذا فسخها أحدهما انعزل ، ويحتمل

انعزل المخاطب و (لم ينعزل العازل) لأنه لم يمنعه أحد فيتصرف فى نصيب المعزول سواء فى ذلك المعزول وغيره خلافا لابن الرفعة (وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه وبإغمائه) قال ابن الرفعة نقلا عن البحر : إلا إغماء لايسقط به فرض صلاة : أى لم يستغرق وقت فرض صلاة فلا يؤثر ، لكن ظاهر كلامهم يخالفه ، وبطروّ حجر سفه وفلس فى كل تصرف لاينفذ منهما كالوكالة فى جميع ذلك ، وبحث الأسنوى أن طروّ الاسترقاق والرهن كذلك ، ولا ينتقل الحكم فى الثالثة عن المغمى عليه لأنه لايولى عليه ، فإذا أفاق تخير بين القسمة واستئناف الشركة ولو بلفظ التقرير أوكان المال عرضا ، ولوكان الوارث غير رشيد فعلى وليه كولى المجنون استئنافها ولو بلفظ التقرير عند الغبطة فيها وإلا فعليه القسمة ، وحيث كان على الميت دين أو وصية لم يجز الاستئناف من الوارث الرشيد وولى غيره إلا بعد قضاء الدين ووصيته غير المعينة لأن المال حينئذ كالمرهون والشركة فى المرهون باطلة والمعين كوارث

يفعل مايغلب على الظن المسامحة به (قوله سواء فى ذلك المعزول وغيره) وصورته فى المعزول أن يميز حصة من المال المخلوط للشريك ثم يعزل أحدهما الآخر فيتصرف العازل فى الجميع دون المعزول (قوله لم يستغرق وقت فرض صلاة) هل يعتبر أقل أوقات الفروض وإن كان غير ماوقع فيه الإغماء ، أو يعتبر ماوقع فيه الإغماء فإن استغرقه أثر وإلا فلا ؟ فيه نظر اه . سم على حج . أقول : الأقرب الأول لأن المقصود مقدار يحصل به العزل من غير تفرقة بين شخص وشخص (قوله فلا يؤثر) جزم به حج (قوله لكن ظاهر كلامهم يخالفه) أى فيضر الإغماء وإن قل على المعتمد (قوله فى كل تصرف لاينفذ) قال سم على منهج بعد نقله مثل ماذكر عن شرح الروض : يحرر ويراجع محترز قوله فى كل تصرف الخ ، وفى حاشيته على حج : يمكن أنه احتراز عن نحو شرائه للشركة بثمن فى ذمته اه . ولم يذكر محترزه بالنسبة لحجر السفه فليراجع (قوله والرهن) أى للمال المشترك . وصورته أن يرهن أحد الشريكين حصته من المال المشترك مشاعا فيكون فسخا للشركة وظاهره ولو قبل القبض ، ثم رأيت فى نسخة والرهن المقبوض (قوله ولا ينتقل الحكم فى الثالثة) أى وأما فى الثانية فينتقل الحكم فيها لوليه فيتخير بين القسمة واستئناف الشركة لولايته على المجنون (قوله لأنه لايولىّ عليه) محل ذلك حيث رجى زواله عن قرب ، فإن أيس من إفاقته أو زادت مدة إغمائه على ثلاثة أيام التحق بالمجنون كما يعلم من كلامه فى باب النكاح (قوله عند الغبطة) وعلى قياس مامر تكفى المصلحة (قوله غير المعينة) أى بأن لم يعين من أوصى له بالمال كقوله أوصيت للفقراء بدليل قوله الآتى والمعين كالوارث الخ ، فإن المراد منه أنه إذا أوصى لمعين كزيد كان له تقرير الشركة مع الشريك الحى ، ويحتمل بل هو الظاهر أن المراد بغير المعينة كون الموصى به غير معين كجزء مثلا من ماله واحترز به عما لو أوصى بهذا الثوب مثلا فإن الوصية فيه تلزم بالقبول ويكون للوارث استئناف الشركة فى غيره من بقية

أن الشارح كالشهاب حج جرى على ماجرى عليه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ من أنها لاتنفسخ إلا بفسخهما جميعا فليراجع (قوله فى كل تصرف لاينفذ منهما) عبارة التحفة بالنسبة لما ينفذ تصرفه فيه : أى المفلس : أى لأن السفيه لايصح منه تصرف مالى إلا الوصية والتدبير انتهت . وفائدة بقائها بالنسبة لما يصح من المفلس أنه إذا اشترى شيئا فى الذمة يصير مشتركا بشرطه ، وظاهر أن شريك المفلس لايصح تصرفه فى نصيب المفلس من الأعيان المشتركة فليراجع (قوله أوكان المال عرضا) كان الأولى تقديمه على قوله ولو بلفظ التقرير لأن المراد أنه لابد من استئناف الشركة ولوكان المال عرضا (قوله ووصيته غير المعينة) بأن كان الموصى له غير معين كما يعلم من

فله أولوليه استئنافها مع الوارث أو وليه (والربح والخسران على قدر المالين) باعتبار القيمة لا بالأجزاء ولا بقدر العمل ، فلوخلطا قفيزا بمائة بقفيز بخمسين فالشركة أثلاث ، ولو كان لأحدهما عشرة دنانير مثلا وللآخر مائة درهم فاشتريا بهما رقيقا مثلا قوّم غير نقد البلد منهما بنقد البلد وعرف التساوى والتفاضل ، فإن استويا بنسبة قيمة المتقوّم كأن كانت الدنانير من غير نقد البلد وقيمتها مائة درهم فى المثال المذكور فالشركة مناصفة ، وإلا بأن كانت قيمتها مائتين فبالأثلاث ، ولا يخالفه ما فى البيع فيما لو كان لكل من اثنين عبد فباعاهما بثمن واحد فإنه لايصح للجهل بحصة كل من الثمن عند العقد وإن كانت تعلم بالتقويم ، وكذا هنا كل منهما يجهل حصته من المبيع لأن الغالب فى قيم النقود الانضباط وعدم التغير فخف الجهل ، وأيضا فالمقوّم والمقوّم به هنا متحدان فى النقدية وإنما اختلفا بغلبة تعامل أهل البلد بأحدهما دون الآخر فأدير الأمر هنا على الغالب وهو لايختلف فخفف به الجهل أيضا فاغتفر هنا لما ذكر ما لم يغتفر فى مسئلة العبدين السابقة لأن الغالب فى قيمتهما الاختلاف ولا غالب ثم مع تغاير القيمة للمقوّم جنسا وصفة فزاد فيها الغرر والجهل ، ويؤيد ماقررناه ما أجاب به الوالد رحمه الله تعالى أيضا بأن صورة المسئلة أنهما عالمان بالنسبة حال الشراء إذ الغالب معرفة نسبة النقد غير الغالب من الغالب ، بخلاف العروض إذ القيمة فيها لاتكاد تنضبط (تساويا) أى الشريكان (فى العمل أو تفاوتا) فيه (فإن شرطا خلافه) أى ماذكر كأن شرطا تساوى الربح والخسران مع تفاضل المالين أو عكسه ، (فسد العقد) لمنافاته لوضع الشركة (فيرجع كل على الآخر بأجرة عمله فى ماله) أى مال الآخر كالقراض إذا فسد وقد يقع التقاص ، ولو تساويا فى المال

التركة (قوله والربح والخسران) ومنه مايدفع للرصدى والمكاس وهل مثله مالو سرق المال واحتاج فى ردّه إلى مال أم لا لأن هذا غير معتاد بخلاف المكاس ونحوه ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأنه كأنه نشأ عن الشركة فساوى مايدفع للمكاس ونحوه وليس مثل ذلك مايقع كثيرا من سرقة الدوابّ المشتركة ، ثم إن أحد الشريكين يغرم على عودها من مال نفسه فلا يرجع بما غرمه على شريكه لأنه متبرع بما دفعه ، ولو استأذن القاضى فى ذلك لم يجز له الإذن لأن أخذ المال على ذلك ظلم والحاكم لايأمر به ، وليس المقصود فى شركة الدوابّ غرما ولا هو معتاد ، بخلاف الشركة التى الكلام فيها فإنه جرت العادة فيها بصرف ما يحتاج إليه كأجرة الدلال والحمال ونحوهما .

[فرع] وقع السؤال كثيرا عما يقع كثيرا أن الشخص يموت ويخلف تركة وأولادا ويتصرفون بعد الموت فى التركة بالبيع والزرع والحج والزواج وغيرها ثم بعد مدة يطلبون الانفصال ، فهل لمن لم يحج ولم يتزوّج منهم الرجوع بما يخصه على من تصرف بالزواج ونحوه أو لا ؟ فيه نظر ، والجواب عنه أنه إن حصل إذن ممن يعتد بإذنه بأن كان بالغا رشيدا للمتصرف فلا رجوع له ، وينبغى أن مثل الإذن مالو دلت قرينة ظاهرة على الرضا بما ذكر فإن لم يوجد إذن ولا رضا أو حصل الإذن ممن لايعتد بإذنه فله الرجوع على المتصرف بما يخصه (قوله إذ الغالب معرفة الخ) قضيته أنهما لو جهلا القيمة حال العقد لم تصح لعدم علمهما بالنسبة ، إلا أن يقال مراده بالعلم مايشمل العلم بالقوّة وهو التمكن من معرفة الحال بالسؤال عنه واكتفى به لغلبة وقوعه وانضباطه بخلاف العروض (قوله فسد العقد) أى ومع ذلك المال أمانة فى يده (قوله بأجرة عمله) ظاهره وإن لم يحصل ربح وتقدم عن سم على حج

المقابل (قوله مع تغاير القيمة) الأوضح أن يقول مع مغايرة القيمة (قوله بأن صورة المسئلة أنهما عالمان الخ) لعل مراده أنهما فى قوّة العالمين بدليل التعليل بعده وبدليل إتيانه به على وجه التأييد ، وإلا فلا نسلم أن صورة المسئلة أنهما عالمان بالفعل

وتفاوتا فى العمل وشرط الأقل للأكثر عملا لم يرجع بالزائد لأنه عمل متبرعا غير طامع فى شىء كما لو عمل أحدهما فقط فى فاسده (وتنفذ التصرفات) منهما لوجود الإذن (والربح بينهما) فى هذا أيضا (على قدر المالين) رجوعا للأصل (ويد الشريك يد أمانة) كالمودع والوكيل (فيقبل قوله فى الرد) لنصيب الشريك إليه لا لنصيبه ، هو إليه (والخسران والتلف) كالوكيل فإن ادعاه) أى التلف (بسبب ظاهر) كحريق وجهل (طولب ببينة) بالسبب (ثم) بعد إقامتها (يصدق فى التلف به) بيمينه كما يأتى ذلك مع بقية أحكام المسئلة آخر الوديعة . وحاصلها أنه إن عرف دون عمومه أو ادعاه بلا سبب أو بسبب خفى كسرقة صدق بيمينه . إن عرف هو وعمومه صدّق بلا يمين (ولو قال من فى يده المال) من الشريكين (هو لى وقال الآخر مشترك أو) قالا (بالعكس) أى قال من بيده المال هو مشترك وقال الآخر هو لى (صدق صاحب اليد) بيمينه لدلالتها على الملك الموافق لدعواه به فى الأولى ونصفه فى الثانية (ولو قال) ذو اليد (اقتسمنا وصار لى صدّق المنكر) بيمينه إذ الأصل عدم القسمة فيه ، وإنما قبل قوله فى الرد مع أن الأصل عدمه لأن من شأن الوكيل قبول قوله فيه توسعة عليه ، ولو ادعى كل منهما أنه ملك هذا الرقيق مثلا بالقسمة وحلفا أو نكلا جعل مشتركا وإلا فللحالف (ولو اشترى) الشريك (وقال

مايصرح به ويخالفه مايأتى له فيما لو اشترك مالك الأرض والبذر وآلة الحرث الخ من أنه لايرجع إلا إذا حصل شىء ، ويمكن الفرق بينهما بأن المستأجر عليه هنا العمل وقد وجد فاستحق الأجرة مطلقا ، والزرع المعامل عليه جعل له منه جزء شركة فلا يستحق الأجرة إلا إذا ظهر منه شىء وإن قل ، فإن لم يظهر منه شىء كأن كان العمل لم يوجد (قوله فى فاسده) أى القراض ، وفى نسخة فاسدة ، وما فى الأصل أولى لأن التاء فيه تقتضى تشبيه الشىء بنفسه (قوله ويد الشريك يد أمانة) .

[فرع] تلفت الدابة المشتركة تحت يد أحد الشريكين فى ضمانها وعدمه تفاصيل : منها أنه إن دفعها أحدهما للآخر على أن يعلفها وينتفع بها فحصته مقبوضة بالإجارة الفاسدة فلا يضمن : أى بغير تقصير ، وإن اقتصر على قوله انتفع بها فهى إعارة فيضمنها حيث كان التلف بغير الانتفاع المأذون فيه ، وإن دفعها وديعة كأن قال احفظها فلا ضمان إن تلفت بغير تفريط وقس على ذلك اهـ سم على حج . وينبغى أن مثل شرط علفها عليه ماجرت به العادة من أن أحد الشريكين إذا دفع الدابة المشتركة لشريكه لتكون تحت يده ولم يتعرض للعلف إثباتا ولا نفيا ، فإذا تلفت تحت يد من هى عنده بلا تقصير لم يضمن ولا يرجع عليه بما علفه ، وإن لم ينتفع بالدابة كأن ماتت صغيرة لأنه متبرع بالعلف وإن قال قصدت الرجوع لأنه كان من حقه مراجعة المالك إن تيسر وإلا رجع الحاكم ولو كان بينهما مهايأة واستعمل كل فى نوبته فلا ضمان لأن هذا شبيه بالإجارة الفاسدة ، وإذا باع أحد الشريكين نصيبه وسلم ذلك للمشترى من غير إذن الشريك صارا ضامنين ، والقرار على من تلفت تحت يده اهـ ابن أبى شريف وقوله مهايأة : أى فى العمل بأن قال تستعمله المدة الفلانية ، فإن لم يصرح له بالاستعمال واستعمله بغير إذنه ضمنه وإن جرت العادة استعماله تلك المدة .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما يقع كثيرا فى قرى الريف من ضمان دوابّ اللبن كالجاموس والبقر ماحكمه وما يجب فيه على الآخذ والمأخوذ منه ؟ والجواب عنه بأن الظاهر أن يقال فيه إن اللبن مقبوض فيه بالشراء الفاسد ، وذات اللبن مقبوضة هى وولدها بالإجارة الفاسدة ، فإن مايدفعه الآخذ للدابة من الدراهم والعلف فى مقابلة اللبن والانتفاع بالبهيمة بالوصول إلى اللبن ، فاللبن مضمون على الآخذ بمثله والبهيمة وولدها أمانتان كسائر الأعيان المستأجرة ، فإن تلفت هى أو ولدها بلا تقصير لم يضمنها أو بتقصير ضمن (قوله هو إليه) الضمير فى هو للراد وفى إليه للشريك (قوله وإنما قبل قوله)

اشتريته للشركة أو لنفسى وكذبه الآخر صدق المشترى) بيمينه لأنه أعرف بقصده سواء ادعى أنه صرّح بذلك أم نواه ، نعم لو اشترى ماظهر عيبه وأراد رد حصته لم يقبل قوله على البائع أنه اشتراه للشركة لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فليس له تفريق الصفقة عليه ، قاله المتولى والعمرانى ، وظاهر هذا تعدد الصفقة لو صدقه ، ويوجه بأنه أصيل فى البعض ووكيل فى البعض فكانا بمنزلة عقدين ، ولو أخذ من آخر جملا ومن آخر راوية ليستقى الماء والحاصل بينهم لم تصح الشركة والماء للمستقى إن كان ملكه أو مباحا وقصده لنفسه أو أطلق وعليه لكل أجرة مثل ماله ، ولو قصد الشركة بالاستقاء فالمباح بينهم وقسمته على قدر أجر أمثالهم بلا تراجع كما رجحه ابن المقرى وجزم به فى الأنوار ، وإن استأجر الجمل من واحد والراوية من آخر والمستقى لاستقاء الماء وهو مباح ، فإن استأجر كلا فى عقد صح أو فى عقد واحد فسدت ولزمه لكل أجر مثله والماء للمستأجر ، ولو قصد به المستقى نفسه وإن ألزم ذمتهم الاستقاء بألف صح ، ولو ألزم مالك برّ فيما لو كان لرجل بيت رحا ولآخر حجرها ولآخر بغل يديره وآخر يطحن فيها ذمة الطحان وملاك بيت الرحا وحجر الرحا والبغل طحن برّ فى عقد فى الذمة صح وكان المسمى بينهم أرباعا ويتراجعون بأجر المثل ، وإذا استأجر الأعيان وكل واحد فى عقد صح بالمسمى أو معا فسد والحكم ماسبق ، ولو اشترك مالك الأرض والبذر وآلة الحرث مع رابع يعمل فى أن الغلة بينهم لم يصح شركة فالزرع لمالك البذر ولهم عليه الأجرة إن حصل من الزرع شىء وإلا فلا ، ولو غصب نحو نقد أو برّ وخلطه بماله ولم يتميز فله إفراز قدر المغصوب ويحل له التصرف فى الباقى كما أفتى به ابن الصلاح وتبعه المصنف ، ولو باع أحد شركاء مشتركا صفقة أو وكل أحدهما الآخر فباعه وقبض قدر حصته من الثمن اختص به كما أفتى ابن الصلاح أيضا وهو ظاهر ، ولا ينافيه قولهم لوورث جمع دينا لم يختص أحدهم بما قبضه منه بل يشاركه فيه البقية لاتحاد الجهة ولو آجر حصته فى مشترك لم يشارك فيما قبضه مما آجر به وإن تعدى بتسليمه العين للمستأجر بغير إذن شريكه .

أى الشريك (قوله ولو قصد) غاية (قوله المستقى نفسه) ظاهره أنه لافرق بين كون الإجارة فاسدة أو صحيحة ، ويشكل عليه فى الفاسدة ما سيأتى فى الوكالة من أنه لو وكله فى تملك المباح وقصد به الوكيل نفسه أو أطلق كان للوكيل ، ووجه الإشكال أنه حيث فسدت الإجارة كان الحاصل من المستأجر مجرد الإذن والإجارة لاغية فيكون ذلك كما لو وكله فى تملك المباح ، وقد يقال لما وجدت صورة الإجارة المقتضية للزوم العمل له ظاهرا قويت على مجرد الوكالة فاقتضت كون الماء للمستأجر (قوله ذمتهم) أى الجماعة (قوله بألف) أى ويقسم الألف بينهم على عدد رءوسهم ثم يتراجعون أخذا مما ذكره فى مسئلة الطحن (قوله ويتراجعون) وقد يفرق بين هذا وما مر فيما لو قصد الشركة بالاستقاء الخ حيث قسم الماء على أجرة أمثالهم من غير تراجع بأن ماهنا لما ألزم فيه ذمة الأربعة بالعمل كان كأنه استأجرهم فقسمت الأجرة بينهم على عدد الرءوس ، بخلاف مامر فإن الحاصل فيه مجرد قصد مالك الجمل والرواية بالمياه (قوله ويحل له التصرف فى الباقى) أى وأما ما أفرزه من جهة الغصب فيجب ردّه لأربابه ولو تلف فهو فى ضمانه ومتى تمكن من ردّه وجب عليه ردّه خروجا من المعصية (قوله مشتركا) أى بإذن بقية الشركاء (قوله لم يختص أحدهم بما قبضه منه) ولو ادعيا عينا فى يد ثالث بالشراء معا فأقرّ لأحدهما بنصفها شاركه الآخر فيه لأن الثبوت ينسب للإقرار لا للشراء (قوله لاتحاد الجهة) أى وهى الإرث .

(قوله ولو باع أحد شركاء مشتركا صفقة الخ) عبارة الأنوار : ولو ملكا عبدا فباعاه صفقة واحدة أو وكل أحدهما الآخر فباعه فكل واحد يستقل بقبض حصته من الثمن ولا يشاركه الآخر فيه .

كتاب الوكالة

هى بفتح الواو وكسرها لغة : التفويض والمراعاة والحفظ واصطلاحا : تفويض شخص لغيره مايفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة أى شرعا فلا دور . والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ـ فابعثوا حكما من أهله ـ بناء على أنه وكيل وهو الأصح كما يأتى وتوكيله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمرى فى نكاح أم حبيبة وأبا رافع فى نكاح ميمونة وعروة البارق فى شراء شاة بدينار والحاجة ماسة إليها ، ولهذا ندب قبولها لأنها قيام بمصلحة الغير ، أما عقدها المشتمل على الإيجاب فلا إلا أن يقال

كتاب الوكالة

(قوله وكسرها لغة) وهى اسم مصدر وكل بالتشديد . قال فى المختار : الوكيل معروف ، يقال وكله بأمر كذا توكيلا والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرها اه (قوله والحفظ) عطف لازم على ملزوم (قوله واصطلاحا تفويض الخ) مثله فى حج ، وعبر شرح المنهج بقوله وشرعا تفويض الخ . أقول : قد فرقوا بين الحقيقة الاصطلاحية والشرعية بأن ماتلقى من كلام الشارع فهو حقيقة شرعية ، وماكان باصطلاح أهل الفن يسمى اصطلاحية أو عرفية ، فإن كان هذا المعنى مأخوذا من استعمال الفقهاء أشكل قول المنهج وشرعا . وإن كان متلقى من كلام الشارع أشكل قول الشارح وحج واصطلاحا ، ويمكن أن يجاب بما قاله سم فى حواشى البهجة فى باب الزكاة من أن الفقهاء قد يطلقون الشرعى مجازا على ماوقع فى كلام الفقهاء وإن لم يرد بخصوصه عن الشارع (قوله فلا دور) الظاهر أن الدور المنفى هو أن النيابة هى الوكالة وقد أخذت فى تعريف الوكالة ، وحينئذ فنى اندفاعه بقوله : أى شرعا نظر لأن النيابة شرعا هى الوكالة . فإن أجيب بأن النيابة شرعا أعم من الوكالة فلادور كان التعريف غير مانع نعم يمكن أن يجاب بأنه يمكن أن يتصور مايقبل النيابة شرعا بوجه أنه ماليس عبادة ونحوها ، وهذا الوجه لايتوقف على الوكالة فلا دور فلا يتأمل اه سم على حج . وعبارة حج بعد قوله شرعا : إذ التقدير حينئذ مماليس بعبادة ونحوه اه . وهذا عين ماترجاه المحشى بقوله نعم يمكن أن يجاب الخ فلعل هذه الزيادة ساقطة من نسخة المحشى (قوله الضمرى) بالفتح : أى للضاد المعجمة والسكون نسبة إلى ضمرة بن بكر اه لب (قوله والحاجة ماسة إليها) ع يريد القياس فحينئذ هى ثابتة بالكتاب والإجماع والسنة والقياس يقتضيها أيضا اه (قوله ولهذا ندب قبولها) أى الأصل فيها الندب ، وقد تحرم إن كان فيها إعانة على حرام ، وتكره إن كان فيها إعانة على مكروه ، وتجب إن توقف عليها دفع ضرورة الموكل كتوكيل المضطر غيره فى شراء طعام قد عجز المضطر عن شرائه ، وقد تتصور فيها الإباحة أيضا بأن لم يكن للموكل حاجة فى الوكالة وسأله الوكيل لا لغرض (قوله فلا) أى فلا يندب (قوله إلا أن يقال الخ) وقد يقال لايختص الندب بما ذكر بل متى كان التوكيل طريقا لمندوب ندب كالتوكيل فى شراء

كتاب الوكالة

(قوله والحفظ) ومنه وحسبنا الله ونعم الوكيل

مالا يتم المندوب إلا به فمندوب هو ظاهر إن لم يرد الموكل غرض نفسه. وأركانها أربعة: موكل، ووكيل، وموكل فيه وصيغة. وقد شرع فى الأول فقال (شرط الموكل صحة مباشرته ماوكل) بفتح الواو (فيه بملك) لكونه مطلق التصرف (أو ولاية) ككونه أبا فى مال أو نكاح (فلا يصح توكيل صبى ولا مجنون) ولا مغمى عليه ولا محجور عليه بسفه فى نحو مال لأنهم إذا عجزوا عن تعاطى ماوكلوا فيه فنائبهم أولى وخرج بملك أو ولاية الوكيل فإنه لايوكل كما يأتى لانتفاء كونه مالكا أو وليا وصحة توكيله عن نفسه فى بعض الصور أمر خارج عن القياس فلا يرد نقضا والقن المأذون له فإنه إنما يتصرف بالإذن فقط (و) لا توكيل (المرأة) لغيرها فى النكاح لأنها لاتباشره ولا يرد صحة إذنها لوليها بلفظ الوكالة لانتفاء كونه وكالة حقيقة وإنما هو متضمن للإذن (و) لاتوكيل (المحرم) بضم الميم حلال (فى النكاح) يعقد له أو لموليته حال إحرام الموكل لأنه لايباشره فإن وكله ليعقد عنه بعد تحلله أو أطلق صح، كما لو وكله ليشترى له هذه الخمرة بعد تخللها، أو أطلق أو وكل حلال محرما ليوكل حلالا فى التزويج لأنه سفير محض (ويصح توكيل الولى) أبا أو جدا (فى حق الطفل) أو المجنون أو السفيه فى المال والنكاح أو وصيا أو قيما فى المال إن عجز عنه أو لم

مايجدد به الوضوء وطعام يتسحر به أو يعجل الفطر به وقد عجز عن تحصيله بنفسه، وقد يجب كأن اضطر إلى مايتطهر به أو مايدفع به ضرورة الجوع التى تبيح التيمم، وقد تحرم إن كانت وسيلة إلى حرام كالتوكيل فى الخطبة على خطبة الغير أو الشراء على الشراء (قوله مالا يتم المندوب إلا به فمندوب) أى فيثاب على ذلك وإن لم يقصد الامتثال (قوله فمندوب) أى فيكون إيجابها مندوبا كقبولها (قوله ككونه أبا فى مال الخ) قال حج أو غيره فى مال (قوله وخرج بملك أو ولاية الوكيل الخ) قد يقال يجوز أن يراد بالولاية التسليط من جهة الشارع فيدخل فيها الوكيل وغيره ويدخل فى قول المصنف بملك الملتقط فإنه إنما يتصرف بعد التملك وقبله هى أمانة فى يده (قوله وصحة توكيله) فى هذا الجواب نظر لايخفى لأن المقصود ضبطه لا بيان ما كان منه على القياس، هذا ويمكن دفع النقض عن المصنف بأن مفهوم كلامه هنا مخصوص بما سيبينه من أحكام توكيل الوكيل، فغاية الأمر أن ما ذكره هنا مع الآتى من قبيل العام والخاص أو المطلق والمقيد ولا إشكال فيه فتأمله انتهى سم على حج (قوله والقن) أى وخرج القن الخ (قوله أو أطلق) عبارة حج بعد قوله تخللها: أو هذه وأطلق اهـ. فصور مسئلة الإطلاق بما إذا قال هذه ولم يذكر الخمرة فاقتضى الفساد فيما إذا قال ذلك فليراجع (قوله إن عجز عنه الخ) فى اعتبار هذا فى التوكيل عن المولى نظر، فينبغى تخصيص هذا الشرط بالوصى والقيم لما قرره فى باب النكاح مما نبهنا عليه هناك انتهى سم على حج. وعبارته ثم قوله وبه فارق كون الوكيل لايوكل الخ، هذا تصريح بأن الولى ولو غير مجبر ومنه القاضى يوكل وإن لاقت به المباشرة ولم يعجز عنها وهو ظاهر كلامهم، فقوله فى باب الوكالة ما نصه، ويصح توكيل الولى فى حق الطفل أو المجنون أو السفيه كأصل فى تزويج أو مال أو وصى أو قيم فى مال إن عجز عنه أو لم تلق به مباشرته، لكن رجح جمع متأخرون أنه لافرق كما اقتضاه إطلاقهما هنا اهـ. ينبغى أن مرجع قوله فيه إن عجز عنه الخ لقوله ووصى أو قيم دون ماقبلهما وإلا خالف هذا الذى ذكره هنا فليتأمل اهـ. فالحاصل أن

(قوله ككونه أبا فى مال أو نكاح) أى أو غيره فى مال كما هو كذلك فى عبارة الشهاب حج، ولعله ساقط من نسخ الشارح من النساخ بقرينة مجاراته للشهاب المذكور هنا فى حل المتن، وإلا فلا وجه للاقتصار على ما ذكره، ومعلوم أن مراده بالأب مايشمل الجد، على أنه لم يظهر وجه التقييد بالأب فى النكاح مع أنه سيأتى أن غير المجبر إذا أذن فى النكاح له أن يوكل وإن لم يؤذن فى خصوص التوكيل فليحرر

تلق به مباشرته سواء أوقع التوكيل عن المولى عليه أم عن نفسه أم عنهما معا ، وفائدة كونه وكيلا عن الطفل انه لو بلغ رشيدا لم ينعزل الوكيل ، بخلاف مالو كان وكيلا عن الولى ، وحيث وكل لايوكل إلا أمينا كما يأتى ، ويصح توكيل سفيه أو مفلس أو قن فى تصرف يستبدّ به لاغيره إلا بإذن ولى أو غريم أو سيد (ويستثنى) من عكس الضابط المارّ وهو أن كل من لاتصح منه المباشرة لايصح منه التوكيل (توكيل الأعمى فى البيع والشراء) وغيرهما مما يتوقف على الرؤية كإجارة وأخذ بشفعة (فيصح) وإن لم يقدر على مباشرته للضرورة ، وما نازع به الزركشى فى استثنائه بأن بيعه صحيح فى الجملة وهو السلم وشراؤه لنفسه صحيح أيضا ، وبأن الشرط صحة المباشرة فى الجملة بدليل أنه لو ورث بصير عينا لم يرها صح توكيله فى بيعها مع عدم صحته منه يمكن رده بأن الكلام فى بيع الأعيان وهو غير صحيح منه مطلقا وفى الشراء الحقيقى وشراؤه لنفسه ليس كذلك بل هو عقد عتاقة فصح الاستثناء ومسئلة البصير المذكورة ملحقة بمسئلة الأعمى ، لكن يأتى فى الوكيل عن المصنف مايؤيد ماذكره الزركشى وبه يسقط أكثر المستثنيات الآتية ، ويضم للأعمى فى الاستثناء من العكس المحرم فى الصور الثلاث السابقة ، وتوكيل المشترى البائع فى أن يوكل من يقبض المبيع عنه مع استحالة مباشرته القبض من نفسه والمستحق لنحو قود طرف

التوكيل من الأب والجدّ يصح مطلقا ، ومن الوصى والقيم إن عجز أو لم تلق به المباشرة ومثلهما الوكيل . وكتب على منهج مانصه : قال مر : الولى ، وفى مرة قال : الوصى كالوكيل فى أنه إنما يوكل كل فيما عجز عنه أو لايليق به كما ذكروه فى باب الوصايا ، وكلام المنهاج هذا مطلق يحمل على ذلك اهـ (قوله أم عنهما معا) أى أما إذا أطلق فينبغى أن يكون وكيلا عن الولى اهـ سم على حج . وفى الزيادى أنه يكون وكيلا عن المولى عليه ، والأقرب ماقاله سم لأن التصرف مطلوب منه فيقع التوكيل عن نفسه وإن كانت منفعته عائدة على المولى عليه ، وفائدة كونه وكيلا عن الولى أنه ينعزل ببلوغ الصبى رشيدا لكن ماقاله الزيادى هو قياس مافى خلع الأجنبى من أن وكيلها لو أطلق فلم يصف العوض له ولا لها وقع لها لعود المنفعة إليها (قوله عن الطفل) أى ولو مع الولىّ لكن فى حواشى شرح الروض ولو وكله عنهما وبلغ رشيدا انعزل عن الولى دون المولى عليه فيتصرف عنه (قوله لم ينعزل الوكيل) أى من جهة المولى عليه وينعزل من جهة الولى أخذا من كلام حواشى شرح الروض المذكور (قوله عن الولى) أى وحده (قوله ويصح توكيل الخ) وسيأتى أنه يصح توكيل العبد فى القبول بغير إذن سيده والسفيه بغير إذن وليه فالتقييد بالإذن هنا إنما هو ليكون حكمهما مستفادا من الضابط ، أما من حيث الصحة مطلقا فلا فرق (قوله يستبد به) أى يستقل به (قوله يمكن رده) فيه نظر بل الكلام أعم من البيع ومن بيع الأعيان إلا أن يريد بالكلام ما ذكر فى الأعمى ، لكن هذا لايناسب قوله وغيرهما مما يتوقف على الرؤية ، ثم قد يقال لاحاجة فى مسئلة البصير المذكورة إلى الإلحاق المذكور لأن توقف صحة تصرف الوارث على رؤيتها لاينفى اتصافه بصحة مباشرته التصرف تأمل انتهى سم على حج . وقد يتوقف فى قوله ثم قد يقال لاحاجة الخ ، لأن ما وجه به عدم الاحتياج حاصله يرجع إلى أن المراد التصرف فى الجملة ، وقد يقال مبنى الرد على أن المراد صحة التصرف فى خصوص ماوكل فيه (قوله بأن الكلام) أى هنا (قوله ملحقة) أى فهى مستثناة أيضا (قوله لكن يأتى) الآتى هو قوله : وأشار المصنف فى مسئلة طلاق الكافر للمسلمة بأنه يصح طلاقه فى الجملة (قوله والمستحق) هو بالجر عطفا على المشترى ع (قوله فى الصور الثلاث السابقة) هى قوله فإن وكله ليعقد عنه بعد تحلله الخ (قوله من يقبض المبيع عنه)

(قوله ويصح توكيل سفيه) المصدر مضاف إلى فاعله لأن الكلام فى شروط الموكل ، وأما كون السفيه يصح منه أن يتوكل فسيأتى فى شروط الوكيل بما فيه وبه يعلم مافى حاشية الشيخ

مع أنه لايباشره والوكيل فى التوكيل ومالكة أمة لوليها فى تزويجها . ويستثنى من طرده وهو أن كل من صحت مباشرته بملك أو ولاية صح توكيله ولى غير مجبر نهى عنه فلا يوكل وظافر بحقه فلا يوكل فى نحو كسر باب كما صرح به جمع ويحتمل جوازه عند عجزه ، والتوكيل فى الإقرار وتوكيل وكيل قادر بناء على شمول الولاية للوكالة وسفيه أذن له فى النكاح ومثله العبد فى ذلك ، قاله ابن الرفعة . والتوكيل فى تعيين أو تبيين مبهمة واختيار أربع مالم يعين له عين امرأة وتوكيل مسلم كافرا فى استيفاء قود من مسلم أو نكاح المعلمة ، وذكرا فى توكيل المرتد لغيره فى تصرف مالى الوقف ، وجزم ابن المقرى ببطلانه ، واستوجهه الشيخ رحمه الله تعالى فى فتاويه ، ويجوز توكيل مستحق فى قبض زكاة له ، قاله فى الروضة قال فى الخادم : وإن كان الوكيل ممن لايجوز له أخذها كما صرح به القفال فى فتاويه ، والأوجه أنه لايملكه واحد منهما حيث لم يتحد قصد الدافع والوكيل (وشرط الوكيل) تعيينه إلا فى نحو من حج عنى فله كذا فيبطل وكلت أحدكما ، نعم إن وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك فى كذا وكل مسلم صح كما بحثه الشيخ فى شرح منهجه ، قال : وعليه العمل ، وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسيأتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاط فى العاقد مالا يحتاط فى المعقود عليه لاالتفات له هنا إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه و(صحة مباشرته التصرف) الذى وكل فيه (لنفسه) وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره ، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه بالأولى (لا صبى و) لا (مجنون) ولا مغمى عليه ولا نائم ولا معتوه لسلب ولايتهم نعم يصح توكيل صبى

أى المشترى (قوله فلا يوكل فى نحو كسر باب الخ) ومقتضاه ولو تعين طريقا : أى لايمكن من مباشرته لأنه ربما يردد الآلة فيقضى ذلك للنفس ، ومع ذلك لو باشر بنفسه اعتد به (قوله وجزم ابن المقرى ببطلانه) وأما توكيل المرتد فى التصرف عن غيره فصحيح عنده وعندهما كغيرهما وسيأتى ، وعبارة الروض وتوكيل المرتد كتصرفه قال فى شرحه : فلا يصح ، ثم قال فى الروض : ولو وكله : أى المرتد أحد صح تصرفه انتهى قال فى شرحه : وفهم منه بالأولى ماصرح به أصله من أنه لو ارتد الوكيل لم يؤثر فى التوكيل اه . وقال فيما تقدم : وأفهم كلام المصنف ما اقتضاه كلام أصله من أنه لو ارتد الموكل لم يؤثر فى التوكيل بل يوقف كملكه بأن يوقف استمراره ، لكن جزم ابن الرفعة فى المطلب بأن ارتداده عزل وليس بظاهر اه سم على حج (قوله واستوجهه) أى البطلان وهو معتمد ، ويؤيده أن مايقبل الوقف هو الذى يصح تعليقه وذلك منتف فى الوكالة (قوله له) أى لنفسه (قوله قال فى الخادم) عبارة حج : وقيده الزركشى نقلا عن القفال بما إذا كان الوكيل ممن لايستحقها وفيه نظر الخ ، وعليه فالصواب حذف الواو من قول الشارح وإن (قوله منهما) أى الوكيل والموكل (قوله حيث لم يتحد) أى قصداهما بأن قصدا أحدهما الموكل والآخر الوكيل . أما إذا اتحد فيملكه من اتفقا على قصده وإن وجد قصد من أحدهما وأطلق الآخر اعتبرت نية الدافع انتهى حج بالمعنى (قوله من قياسه على الموكل) أى حيث قيل بالبطلان (قوله ودعوى) أى اعتراضا على الفرق الآتى (قوله لا التفات له) أى لهذا القول (قوله ولا معتوه)

(قوله بناء على شمول الولاية للوكالة) حتى يصح كونه مستثنى من طرد المتن (قوله وتوكيل مسلم كافرا الخ) فى استثناء هذه نظر لأنهم على الأصل من أن الموكل يصح أن يوكل غاية الأمر أنه يشترط فى وكيله هنا أن يكون مسلما كما أنه يشترط فيمن يوكله الولى أن يكون ثقة وإلا فلم يستثنوا الولى أيضا (قوله وذكرا فى توكيل المرتد) عبارة التحفة : ورجحا فى توكيل الخ (قوله والأوجه أنه لايملكه واحد منهما حيث لم يتحد قصد الدافع والوكيل) يفهم أنه إذا قصد الوكيل نفسه وهو غير مستحق وقصده الدافع أيضا أنه يملك ، ومعلوم أنه ليس كذلك ، فالمفهوم فيه تفصيل بسط القول فيه العلامة حج (قوله فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه الخ) فى هذا التعليل نظر لايخفى ،

فى نحو تفرقة زكاة وذبح أضحية وما يأتى (وكذا المرأة والمحرم) بضم الميم (فى) عقد (النكاح) إيجابا وقبولا لسلب عبارتهما فيه ولا توكيل المرأة فى الرجعة ولا فى الاختيار للنكاح إذا أسلم على أكثر من أربع ، ولا فى الاختيار للفراق إذا عين للمرأة من يختارها أو يفارقها ، فإن لم يعين لم يصح من الرجل أيضا كما مر ، والخنثى كالمرأة كما قاله ابن المسلم فى أحكام الخناثى وذكره فى شرح المهذب تفقها . نعم لو بان الخنثى ذكرا بعد تصرفه ذلك بانت صحته ، ويشترط فى الوكيل العدالة إذا وكله الولى فى نحو بيع مال محجوره ، ويمتنع توكيل المرأة لغير زوجها بغير إذنه على ما قاله الماوردى ، قيل وكأنه أراد الحرة . أما الأمة إذا أذن سيدها لم يكن لزوجها اعتراض كالإجارة وأولى . قال الأذرعى : الوجه ما اقتضاه كلام الرويانى من الصحة إن لم يفوت على الزوج حقا انتهى . والأوجه الصحة مطلقا وإن كان للزوج منعها مما يفوّت حقا له لأن هذا أمر خارج ، ويفرق بين ما هنا والإجارة بأن حقها لازم يتعلق بالعين فعارض حق الزوج وهو أولى فأبطله ولا كذلك الوكالة ، وتوكيل مسلم كافرا فى استيفاء قود من مسلم ، وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله ، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، وإنما يلزم من عدمه عدمه ، والأول صحيح والثانى فى غير محله ، إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأسا (لكن الصحيح اعتماد قول صبى) ولو رقيقا إذا كان مميزا لم يجرب عليه كذب ، وكذا فاسق وكافر كذلك ، بل قال فى شرح مسلم : لا أعلم فيه خلافا (فى الإذن فى دخول

عطفه على المجنون من عطف الخاص على العام لأن العته نوع من الجنون . وفى المختار : المعتوه الناقص العقل ، وقد عته فهو معتوه بين العته اهـ . وعليه فيمكن حمل المجنون على من زال عقله بالكلية والمعتوه على من عنده أصل العقل لا كماله فيكون مباينا للمجنون (قوله ولا فى الاختيار) أى ولا توكيل المرأة فى الخ (قوله ويشترط فى الوكيل العدالة) ظاهره وإن وكله فى بيع معين من أموال المحجور ولو قيل بصحة توكيل الفاسق فى ذلك حيث لم يسلم المال له لم يبعد ، ثم رأيت فى حج فيما يأتى قبيل قول المصنف وأحكام العقد تتعلق بالوكيل الخ ما يؤخذ منه ذلك (قوله ويمتنع توكيل المرأة) فهو مستثنى مما أفاده المتن أن من صح تصرفه لنفسه صح توكيله (قوله والأوجه الصحة مطلقا) فوّت أولا حيث كانت حرة أو أمة فيما تستقل به أو غيره وأذن لها السيد كما مر فى توكيل القن (قوله والإجارة) أى حيث قيل فيها بالبطلان إذا فوّتت حق الزوج (قوله وتوكيل مسلم) أى ويستثنى أيضا (قوله بأن الوكيل) أى فى هذه الصورة ، وقوله لا يستوفيه لنفسه : أى فلم يشمله هذا الشرط فلا حاجة لاستثنائه اهـ سم على حج (قوله والأول صحيح) هو قوله بأن الوكيل الخ ، والثانى هو قوله وبأن المصنف إنما الخ (قوله فى غير محله) قد يجاب بأن الثانى مذكور على التنزل ويؤيد ذلك أنه صرح فى الأول بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه فقد صرح بأن هذا الشرط لم يوجد هنا أصلا اهـ سم على حج . لكن الصحيح اعتماد قول الصبى .

[فرع] قال الخطيب الشربينى : يجوز توكيل الصبى والسفيه ليتصرف بعد بلوغ الصبى ، ورشد السفيه كتوكيل المحرم ليعقد بعد حله ، وفيه نظر ، والوجه وفاقا لمر عدم الصحة لأن المحرم فيه الأهلية إلا أنه عرض له مانع بخلافهما فإنه لا أهلية لهما ، وفى الروضة ما يفهم منه عدم الصحة اهـ سم على منهج ، ومثله على حج (قوله لم يجرب عليه كذب) ولم تقم قرينة على كذبه اهـ شيخنا زيادى (قوله وكافر) أى ولو بالغا (قوله كذلك) أى لم يجرب عليه كذب (قوله لا أعلم فيه)

وعبارة غيره : لأنه إذا لم يقدر عنه التصرف لنفسه فلغيره أولى (قوله ويمتنع توكيل المرأة) مصدر مضاف [١] لمفعوله (قوله لا أعلم فيه) أى فى اعتماد قول الفاسق والكافر كما يعلم بمراجعة كلام النووى خلافا لما وقع فى حاشية

(١) (قوله مصدر مضاف الخ) ليس فى نسخة المؤلف لفظ مصدر اهـ .

دار وإيصال هدية) ولو أمة قالت له أهدانى سيدى لك كما اقتضاه كلامهم وإن استشكل فيجوز وطؤها وطلب صاحب وليمة لتسامح السلف فى مثل ذلك ، أما غير المأمون بأن جرّب كذبه ولو مرة فيما يظهر بحيث جوزنا كذبه لما مر منه فلا يعتمد قطعا ، وما حفته قرينة يعتمد قطعا ، وفى الحقيقة العمل حينئذ بالعلم لا بالخبر ، ويؤخذ منه عدم الفرق هنا بين الصادق وغيره ، وللمميز ونحوه توكيل غيره فى ذلك بشرطه الآتى (والأصح صحة توكيل عبد) مصدر مضاف للمفعول ، ولو حذفت الياء لكان مضافا للفاعل وهو أوضح (فى قبول نكاح) وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره ، وتعبيره بلكن فيه إشارة إلى استثناء هذين من عكس الضابط وهو من لاتصح مباشرته لنفسه لايصح توكله ، ويستثنى أيضا صحة توكل سفيه فى قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة فى طلاق غيرها ومرتد فى تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه ، وإنما يصح ذلك إن لم يشرط فى بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه ، وسيأتى فى بابه مافيه ، ورجل فى قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحته أربع والموسر فى قبول نكاح أمة واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم فى شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح ، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم فى العدة بان نفوذ طلاقه . وأشار المصنف فى مسئلة طلاق الكافر للمسلمة بأنه يصح طلاقه فى الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه فى جنس ماوكل فيه فى الجملة لا فى عينه ، وحينئذ فيسقط أكثر مامر من المستثنيات ، وقياسه جريان ذلك فى الموكل أيضا كما قدمناه (ومنعه) أى توكيل العبد أى من فيه رق (فى الايجاب) للنكاح لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى ، ويصح توكيل المكاتب فى تزويج أمته كما

أى فى الكافر ، وعبارة حج فيهما (قوله فيجوز وطؤها) أى بعد الاستبراء : أى ولو رجعت وكذبت نفسها لاتهامها فى حق غيرها وخرج بكذبت نفسها مالو كذبها السيد فيصدق فى ذلك بيمينه ، وعليه فيكون وطء المهدى إليه وطء شبهة ، ولا يجب عليه المهر لأن السيد بدعواه ذلك يدعى زناها ، ولا الحدّ أيضا للشبهة ، وينبغى أن لاحدّ عليها أيضا لزعمها أن السيد أهداها له وأن الولد حرّ لظنه أنها ملكه وتلزمه قيمته لتفويته رقه على السيد بزعمه ، وأما لو وافقها السيد على وطء الشبهة فيجب المهر (قوله لتسامح السلف فى مثل ذلك) وليس فى معنى من ذكر الببغاء والقرد ونحوهما إذا حصل منهم الإذن ولم يجرب عليهم الكذب لأنهم ليسوا من أهل الإذن أصلا ، بخلاف الصبى فإنه أهل فى الجملة ، ولا ينافى هذا ماقدمناه من جعل الببغاء كالصبى لأن ذاك فيما لو احتفت به قرينة لأنها المعوّل عليها بخلاف ماهنا (قوله فلا يعتمد قطعا) ظاهره وإن مضى عليه سنة فأكثر لم يجرب عليه فيها كذب ، ولو قيل بجواز اعتماد قوله حينئذ لم يبعد بل وإن لم تمض المدة المذكورة ويكون المدار على مايغلب على الظن صدقه (قوله بالعلم) وعلى هذا فينبغى أن الببغاء ، ونحوها مع القرينة كالصبى لأن التعويل ليس على خبرها بل على القرينة ، وبقى مالو جهل حال الصبى ، والأقرب فيه أنه لايعتمد قوله إلا بقرينة تدل على صدقه لأن الأصل عدم قبول خبره (قوله بشرطه الآتى) وهو العجز أو كونه لم تلق به مباشرته (قوله فيه إشارة إلى استثناء الخ) أى لأن الكلام هنا فى الوكيل (قوله وإنما يصح ذلك) أى استثناء المرتد (قوله وسيأتى فى بابه) والمعتمد منه أنه لايشترط فيكون مستثنى (قوله إذ لو أسلمت زوجته) هذا التعليل لايصلح لرد استثناء توكيل المسلم الكافر ، فالأولى التعليل بأن الكافر يصح طلاقه لزوجته المسلمة فيصح توكيل المسلم له فى طلاق زوجته الكافرة (قوله أكثر مما مر) ومنه توكيل المسلم الكافر فى شراء مسلم لأنه يصح شراؤه له فى الجملة وذلك

الشيخ (قوله غير صحيح) أى بالنسبة لشقه الثانى فقط وكان ينبغى أن يقول غير صحيح فى الثانى

بحثه الأذرعى إن قلنا إنه يزوّجها ، ومثله المبعض فى ذلك بل أولى ، ويجوز توكيل رقيق فى نحو بيع إذن سيده ولو بجعل ، ويمتنع توكيله على طفل أو ماله مطلقا كما قاله الماوردى لأنها ولاية (وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل) حالة التوكيل وإلا فكيف يأذن فيه ، قال الأذرعى : وهذا فيمن يوكل فى ماله وإلا فنحو الولى وكل من جاز له التوكيل فى مال الغير لايملكه ، وردّ الغزى له بأن المراد التصرف الموكل فيه لامحل التصرف يردّ بمنع ماذكره لأنه مرّ أول الباب ، وإنما المراد المحل ومن ثم فرّع عليه قوله (فلو وكل ببيع) أو إعتاق (عبد سيملكه) سواء أكان معينا أم موصوفا أم لا ، لكن هذا لاخلاف فيه ولم يكن تابعا لمملوك كما يأتى عن الشيخ أبى حامد وغيره (وطلاق من سينكحها) مالم تكن تبعا لمنكوحة أخذا مما قبله (بطل فى الأصح) لانتفاء ولايته عليه حينئذ ، وكذا لو وكل من يزوّج موليته إذا نقضت عدّتها أو طلقت على ما قالاه هنا واعتمده الأسنوى ، وكذا لو قالت له وهى فى نكاح أو عدّة أذنت لك فى تزويجى إذا حللت ، لكن أفتى الوالد رحمه الله تعالى بصحة إذن المرأة المذكورة لوليها كما نقلاه فى كتاب النكاح عن فتاوى البغوى وأقرّاه ، وعدم صحة توكيل الولى المذكور كما صححاه فى الروضة وأصلها هنا . وأما قول البغوى فى فتاويه عقب مسئلة الإذن كما لو قال الولى للوكيل زوّج بنتى إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها ، وفى هذا التوكيل وجه ضعيف أنه لايصح ، وقد سبق فى الوكالة فبنى على رأيه إذ هو قائل بالصحة فى هذه المسئلة وقد علم أن الأصح خلافه فالأصح صحة الإذن دون التوكيل ، والفرق بينهما أن تزويج الولى بالولاية الشرعية وتزويج الوكيل بالولاية الجعلية ، وظاهر أن الأولى أقوى فيكتفى فيها بما لايكتفى به فى الثانية ، وأن باب الإذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ماذكر فى البابين بحمل

كما لو حكم بعتقه عليه (قوله إن قلنا إنه يزوجها) وهو المعتمد (قوله وبجعل) وفى نسخة بعد قوله بإذن سيده ولو بجعل ويمتنع الخ وما فى الأصل هو الصواب (قوله مطلقا) معنى مطلقا بإذن أولا ، وينبغى مراجعة ذلك فإن القياس البطلان بغير إذن سيده ، وقد يستدل على الصحة بصحة قبول الهبة والوصية بغير إذن . ويفرق بأن هنا إتلاف منفعة للغير اهـ سم على حج : أقول : قول سم والوصية ، يفيد أن قبوله للوصية لايتوقف على إذن من السيد والمعتمد خلافه ، والفرق بينها وبين الهبه أن القبول فى الهبة فورى ، فلو منعناه منه فربما طال الفصل بين الإيجاب وقبول السيد لغيبته مثلا فيفوت المقصود من الهبة ، ولاكذلك الوصية فإن الشرط فيها كون القبول بعد الموت اتصل بالموت أو تراخى عنه (قوله وهذا) أى شرط ملكه (قوله لا يملكه) أى ما يريد أن يوكل فيه (قوله وإنما المراد المحل) قد ينافيه قوله الآتى وبما تقرر علم أن شرط الموكل فيه أن يملك الموكل التصرف فيه حين التوكيل (قوله ومن ثم فرّع) قد يقال التفريع لاينافى كون المراد ملكه التصرف لأنه ليس مالكا التصرف الذى وكل فيه (قوله لكن هذا) أى قوله أم لا . وأما الأولان ففيهما الخلاف وهما ما لو كان معينا أو موصوفا (قوله كما يأتى) أى فى قوله وعلم مما مر أنه لو جعل المعدوم تبعا لحاضر الخ (قوله بطل فى الأصح) لايقال : كان الأولى التعبير بلم يصح لأنه ليس المقصود الحكم بالبطلان فيما مضى لأنا نقول : الأفعال الواقعة فى عبارات المصنفين إنما يقصدون منها مجرد الحدث دون الزمان ، فلا فرق فى المراد من التعبير بين الماضى والحال والاستقبال (قوله على ما قالاه) ضعيف (قوله والفرقّ بينهما) أى الإذن من المرأة والتوكيل من الولى (قوله وماجمع به بعضهم) أى

(قوله ولو بجعل) غاية فى اشتراط الإذن فإن هناك من يقول إنه إذا كان ثم جعل لايحتاج للإذن وفى نسخة عقب قوله بإذن سيده ما نصه ولو بجعل مطلقا لأنه تكسب اهـ. وعبارة التحفة عقب مثل هذه النسخة نصها : كذا عبر به شارح وصوابه لايتوكل بلا إذن عن غيره فيما يلزم ذمته عهدته كبيع ولو بجعل بل فيما لايلزمها كقبول نكاح ولو بغير إذن انتهت . ونسخ الشارح مختلفة كما ذكرناه فليراجع مختاره (قوله على ماقالاه) تبع فى هذا التبرّى كلام حج :

عدم الصحة على الوكالة والصحة على التصرف إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الأبضاع يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الأصح أنه يصح ، ويكتفى بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل ، ولو وكله فى المطالبة بحقوقه دخل مايتجدد بعد الوكالة كما أفتى به ابن الصلاح لكن خالفه الجورى فقال : لو وكله فى كل حق هو له فلم يكن له دين ثم حدث لم يكن له قبضه لأنه غير موكل إلا فيما كان واجبا يومئذ ، وقد يقال لامخالفة بينهما إذ عدم الدخول فى مسئلة الجورى إنما هو لوصف الحق فيها بكونها للموكل حال التوكيل ، ولا يضرنا وجود الإضافة فى كل منهما لأنه يكفى فيها أدنى ملابسة كما فى التصوير الأول بخلاف الثانى فقويت فيها باللام الدالة على الملك فلم يدخل المتجدد ، وعلم مما مر أنه لو جعل المعدوم تبعا لحاضر كبيع مملوك وما سيملكه ففيه احتمالان للرافعى ، والمنقول عن الشيخ أبى حامد وغيره الصحة كما لو وقف على ولده الموجود ومن سيحدث له من الأولاد ، ولو وكله ببيع عين يملكها وأن يشترى له بثمنها كذا فأشهر القولين صحة التوكيل بالشراء كما فى المطلب ، ومثله إذن المقارض للعامل فى بيع ما سيملكه ، وألحق به الأذرعى الشريك ، وبما تقرر علم أن شرط الموكل فيه أن يملك الموكل التصرف فيه حين التوكيل أو يذكره تبعا لذلك ، ولا حاجة لما زاده بعضهم هنا بقوله أو يملك أصله لأنه أشار به إلى ماحكاه ابن الصلاح عن الأصحاب وجزم به فى العباب من أنه لو وكله فى بيع الثمرة قبل إطلاعها صح ، ووجه بما مر من كونه مالكا لأصلها إذ هو مفرع على مرجوح كما نبه على ذلك الزركشى (وأن يكون قابلا للنيابة) لأن التوكيل استنابة (فلا يصح) التوكيل (فى عبادة) وإن لم تتوقف على نية إذ القصد امتحان عين المكلف وليس منها نحو إزالة النجاسة لأن القصد منها الترك (إلا الحج) والعمرة عند العجز ويندرج فيها توابعهما كركعتى الطواف (وتفرقة زكاة) ونذر وكفارة وصدقة (وذبح أضحية) وعقيقة وهدى وشاة وليمة سواء أوكل الذابح المسلم المميز فى النية أم وكل فيها مسلما مميزا غيره ليأتى بها عند ذبحه كما لو نوى الموكل عند ذبح وكيله ، ودعوى عدم جواز توكيل آخر فيها غير مسلمة ونحو وقف وعتق وغسل أعضاء لا فى نحو غسل ميت لأنه فرض فيقع عن مباشره ، وقضيته صحة توكيل من لم يتوجه عليه فرضه كالعبد ، على أن الأذرعى رجح جواز التوكيل هنا مطلقا لصحة الاستئجار عليه (ولا فى شهادة) لبنائها على التعبد واليقين الذى لا تمكن النيابة فيه ،

حج حيث قال : ولو علق ذلك ولو ضمنا على الانقضاء أو الطلاق فسدت الوكالة ونفذ التزويج اه (قوله دخل مايتجدد) معتمد (قوله لم يكن له قبضه) معتمد (قوله كما فى التصوير الأول) هو قوله ولو وكله فى المطالبة بحقوقه (قوله بخلاف الثانى) هو قوله دخل مايتجدد بعد الوكالة (قوله ومن سيحدث له من الأولاد) أى فإنه صحيح (قوله إذ هو مفرّع) أى الصحة فى بيع الثمرة قبل إطلاعها (قوله وإن لم تتوقف الخ) أى كالأذان (قوله نحو إزالة النجاسة) أى فيصح التوكيل فيها (قوله توابعهما) أى المتقدمة والمتأخرة (قوله فيها) أى فى النية (قوله عن مباشره) أى ولو عبدا (قوله وقضيته صحة توكيل الخ) معتمد (قوله جواز التوكيل هنا) قال مر : المعتمد ما قاله فى البحر من عدم صحة التوكيل فى الغسل ، ومثله غيره من خصال التجهيز لأنه يقع عن الوكيل ، ويفارق

لكن سيأتى له نقل هذا عن إفتاء والده بما يشعر برضاه به فكان ينبغى له عدم التبرى منه هنا ، وفى نسخة كما قالاه هنا ، وهى لاتناسب الاستدراك الآتى لأنه يلزم عليه استدراك الشىء على نفسه [1]) قوله وعلم مما مر أنه لو جعل المعدوم تبعا الخ)حق العبارة : وعلم مما مر الصحة فيما لو جعل المعدوم تبعا لحاضر الخ وفيه احتمالان

---

(١) قوله (على نفسه) نسخة المؤلف من نفسه اه .

ولا يرد على المصنف صحة الشهادة عن الشهادة إذ ليست بتوكيل كما صرح به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ بل الحاجة جعلت الشاهد المتحمل عنه بمنزلة الحاكم المؤدى عنه عند حاكم آخر (وإيلاء) لأنه حلف وهو لا يدخله النيابة (ولعان) إذ هو يمين أو شهادة ، ولا مدخل للنيابة فيهما كما مر ومن ثم قال (وسائر الأيمان) أى باقيها لأن القصد بها تعظيمه تعالى فأشبهت العبادة ، ومثلها النذر وتعليق نحو الطلاق والعتق والتدبير وهل يصير بتوكيه مدبرا أو معلقا وجهان ، أصحهما لا . وقضية تقييدهم بتعليق الطلاق والعتاق صحة التوكيل بتعليق غيرهما كالوصاية ، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه جرى على الغالب فلا يعتبر مفهومه ، ومقتضى إطلاقهم عدم صحة ذلك فى التعليق أنه لافرق بين تعليق عار عن حثّ أو منع كهو بطلوع الشمس وبين غيره ، وهو الأوجه خلافا للسبكى (ولا) فى (ظهار) كأن يقول أنت على موكلى كظهر أمه أو جعلته مظاهرا منك (فى الأصح) لأنه منكر ومعصية وكونه يترتب عليه أحكام أخر لا تمنع النظر لكونه معصية ، وعلم منه عدم صحة التوكيل فى كل معصية . نعم ما الإثم فيه لمعنى خارج كالبيع بعد نداء الجمعة ، الثانى يصح التوكيل فيه وكذا الطلاق فى الحيض ، قاله البلقينى فى تدريبه . فالحاصل أن ما كان مباحا فى الأصل وحرم لعارض صح التوكيل فيه ويمتنع فيما كان محرّما بأصل الشرع ، والثانى يلحقه بالطلاق (ويصح فى طرفى بيع وهبة وسلم ورهن ونكاح) للنص فى النكاح والشراء كما مر وقياسا عليهما فى الباقى (و) فى (طلاق) منجز لمعينة ، فلو وكله بتطليق إحدى نسائه لم يصح فى الأصح كما فى البحر (وسائر العقود) كصلح وإبراء وحوالة وضمان وشركة ووكالة وقراض ومساقاة وإجارة وأخذ بشفعة ، وصيغة الضمان والوصية والحوالة جعلت موكلى ضامنا لك أو موصيا لك بكذا أو أحلتك بمالك على موكلى من كذا بنظيره من ماله على فلان ، ويقاس بذلك غيره (والفسوخ) ولو فورية لا يحصل بالتوكيل تأخير مضر . أما

صحة الاستئجار لذلك بأن بذل العوض يقتضى وقوع العمل للمستأجر انتهى سم على منهج : وهو يدل على أن الثواب للمستأجر ولو بلفظ الوكالة (قوله فلا يعتبر مفهومه) أى فالتوكيل بسائر التعاليق باطل (قوله الثانى) أى وهو الأذان الذى بين يدى الخطيب (قوله صح التوكيل فيه) أى ولا يلزم من الصحة جواز التوكيل فيحرم التوكيل فى البيع وقت نداء الجمعة لمن تلزمه وإن صح (قوله وفى طلاق منجز) .

[فرع] وكله فى طلاق زوجته ثم طلقها هو كان للوكيل التعليق إذا كان طلاق الموكل رجعيا ، بخلاف حكم الزوج فى الشقاق إذا سبق الزوج إلى الطلاق ليس له هو الطلاق بعد ذلك لأن الطلاق هناك لحاجة قطع الشقاق ، وقد حصل بطلاق الزوج بخلافه هنا مر اهـ سم على منهج . وظاهره عدم الحرمة وإن علم بطلاق الزوج أولا ، ولو قيل بالحرمة فى هذه لم يكن بعيدا ولا سيما إذا ترتب عليه أذى للزوج ، وقول سم رجعيا : أى وإن بانت البينونة الكبرى بما يحصل من الوكيل (قوله وسائر العقود) هذا تقدم فى قوله كصلح وإبراء ، ولعله ذكره هنا توطئة لما بعده (قوله جعلت موكلى ضامنا) ينبغى أن ما ذكره مجرد تصوير فيصح الضمان بقول الوكيل ضمنت مالك على زيد عن موكلى ، أو بطريق الوكالة عنه والوصية بنحو أوصيت لك بكذا عن موكلى ، أو نيابة عنه والحوالة بنحو جعلت موكلى محيلا لك بما عليه من الدين على زيد (قوله لا يحصل بالتوكيل) أى حالة كونه

للرافعى (قوله والتدبير) معطوف على النذر وليس من مدخول تعليق (قوله وإبراء) لا حاجة إليه هنا لأنه سيأتى بما فيه (قوله جعلت موكلى ضامنا لك) وصيغة التوكيل فى الضمان كما نقله الأذرعى عن العجلى أن يقول الموكل اجعلنى ضامنا لدينه أو اجعلنى كفيلا ببدن فلان اهـ . ولا يخفى أن ما ذكره الشارح من التصوير : أى تبعا لابن

التي بخلاف ذلك فلا للتقصير ومرّ ، ويأتى امتناعه فى فسخ نكاح الزائدات على أربع (و) فى (قبض الديون) ولو مؤجلة كما شمله إطلاقهم لإمكان قبضه عقب الوكالة بتعجيل المدين ، فإن جعلها تابعة لحال لم يحتمل سوى الصحة ، وشمل كلامه قبض الربوى ورأس مال السلم إذا قبضه الوكيل قبل مفارقة الموكل المجلس ولا يرد منع ذلك فى غيبة الموكل لأنه بغيبته بطل العقد فلا دين (وإقباضها) لعموم الحاجة إلى ذلك ويصح فى الإبراء منه ، نعم لو قال وكلتك فى إبراء نفسك لابد من الفور تغليبا للتمليك ، لكن ذكر السبكى أن قياس الطلاق جواز التراخى ، وخرج بالديون الأعيان فلا يصح توكيله فيما قدر على رده منها بنفسه مضمونة كانت أو لا لانتفاء إذن مالكها فيه ، ومن ثم ضمن به مالم تصل بحالها لمالكها ، وشمل ذلك مالو كان الوكيل من عيال المالك وهو ثقة مأمون خلافا للجورى ، نعم له الاستعانة بمن يحملها معه فيما يظهر كما يأتى فى الوديعة (و) فى (الدعوى) بنحو مال أو عقوبة لغير الله (والجواب) وإن كره الخصم وينعزل وكيل المدعى بإقراره بقبض موكله أو إبرائه ، ولو قال وكيل الخصم إن موكله أقرّ بالمدعى به انعزل ، وتعديله لبينة المدعى غير مقبول ، وتقبل شهادته على موكله مطلقا ،

لم يحصل ، وعبارة حج : إذا لم يحصل الخ (قوله ويأتى امتناعه) أى التوكيل (قوله فى فسخ) أى حيث لم يعين له المختارة للفراق على ما أفهمه قوله فيما مر ولا فى الاختيار للفراق إذا عين للمرأة من يختارها أو يفارقها ، فإن لم يعين لم يصح من الرجل أيضا (قوله ويصح فى الإبراء) هذا تقدم فى قوله كصلح وإبراء ، ولعله ذكره هنا توطئة لما بعده (قوله لابد من الفور) معتمد (قوله أن قياس الطلاق) أى فيما لو قال وكلتك فى أن تطلقى نفسك فلا يشترط الفور على ما أفهمه كلامه (قوله ومن ثم ضمن) أى الموكل وكذا الوكيل فى المضمون له مطلقا وفى الأمانة إن علم أنها ليست ملك الدافع (قوله به) أى بسبب التوكيل وذلك إذا سلم العين للوكيل (قوله خلافا للجورى) قال فى اللبّ : الجورى بضم أوّله والراء نسبة إلى جور بلد الورد بفارس ومحلة بنيسابور ، وبالزاى إلى جوزة قرية بالموصل ، ثم قال : وبالضم والفتح والراء إلى جور قرية بأصبهان (قوله بمن يحملها) أى إذا كان ملاحظا له لأن يده لم تزل عنها (قوله وفى الدعوى) عبارة المنهج وشرحه : وخصومة من دعوى وجواب رضى الخصم أم لا اهـ . وفى حاشية شرح الروض لوالد الشارح مانصه : قال القاضى : ولو قال وكلتك لتكون مخاصما عنى لايكون وكيلا فى سماع الدعوى والبينة إلا أن يقول جعلتك مخاصما ومحاكما اهـ (قوله بإقراره) أى الوكيل (قوله أو إبرائه) ومع ذلك لايقبل إقراره على موكله (قوله أقرّ بالمدعى به) أى أنه ملك لمن هو تحت يده (قوله انعزل) أى وكيل الخصم (قوله وتعديله) أى تعديل وكيل الخصم الذى هو المدعى عليه ، لكن يتأمل وجه عدم قبوله لأن شهادته لاتجر لنفسه نفعا ولا تدفع ضررا . نعم هذا واضح فيما لو عدل وكيل المدعى فى الخصومة بينته فلا يقبل لأنه متهم بإثبات ما وكل فيه : ثم رأيت فى سم على حج مانصه : قوله ولا يقبل تعديله الخ لأنه كالإقرار فى كونه قاطعا للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار ، فلوعدل انعزل كما نبه عليه الأذرعى . قال فى شرح الروض : ويفهم من عدم قبول التعديل عدم الصحة فليحرر (قوله وتقبل شهادته) أى الوكيل (قوله مطلقا)

الرفعة متعين ، وما صور به الشيخ فى حاشيته يلزم عليه انتفاء حقيقة الوكالة كما يعلم بتأمله (قوله ويصح فى الإبراء الخ) عبارة التحفة : ويصح فى الإبراء منه لكن فى أبرئ نفسك لابد من الفور تغليبا للتمليك . قيل وكذا فى وكلتك لتبرئ نفسك على ما اقتضاه إطلاقهم ، لكن قياس الطلاق جواز التراخى ، ذكره السبكى انتهت (قوله ومن ثم ضمن به) أى فى صورة الأمانة

وله فيما لم يوكل فيه وفيما وكل فيه إن انعزل قبل خوضه فى الخصومة ، ويلزمه إقامة بينة بوكالته عند عدم تصديق الخصم له وتسمع وإن لم تتقدم دعوى حضر الخصم أو غاب فإن صدق الخصم عليها جازله الامتناع من التسليم حتى يثبتها (وكذا فى تملك المباحات كالإحياء والاصطياد والاحتطاب فى الأظهر) كالشراء لأن كلا سبب للملك فيملكها الموكل إذا قصده الوكيل ، بخلاف ما لو لم يقصده . والثانى المنع قياسا على الاغتنام ولأن سبب الملك وهو وضع اليد قد وجد منه فلا ينصرف عنه بالنية أما التوكيل فى الالتقاط فلا كما قالاه هنا ، وهو محمول على التوكيل على العموم فلا ينافى ما يأتى فى اللقطة إذ هو مفروض فى مخصوص بعد وجودها فافترقت أحكام اللقطة الخاصة والعامة (لا فى إقرار) كوكلتك لتقر عنى لفلان بكذا (فى الأصح) لأنه إخبار عن حق فلم يقبل التوكيل كالشهادة نعم يكون به مقرا لإشعاره بثبوت الحق عليه فإنه لا يأمر غيره بأن يخبر عنه بشىء إلا وهو ثابت . والثانى يصح لأنه قول يلزم به الحق فأشبه الشراء . نعم إن قال أقر له عنى بألف له على كان إقرارا جزما ، ولو قال أقر له بألف لم يكن مقرا قطعا (ويصح) التوكيل (فى استيفاء عقوبة آدمى) ولو قبل ثبوتها فيما يظهر (كقصاص وحد قذف) بل يتعين فى قطع طرف وحد قذف كما يأتى ، ويصح فى استيفاء عقوبة له تعالى من الإمام أو السيد لا فى إثباتها مطلقا . نعم للقاذف أن يوكل فى ثبوت زنا المقذوف ليسقط الحد عنه فتسمع دعواه عليه أنه زنا (وقيل لا يجوز) التوكيل فى استيفائها (إلا بحضرة الموكل) لاحتمال عفوه ، ورد بأن احتماله كاحتمال رجوع الشهود إذا ثبتت ببينة فلا يمتنع الاستيفاء فى غيبتهم اتفاقا (وليكن الموكل فيه معلوما من بعض الوجوه) لئلا يعظم الغرر (ولا

أى وكل فيه أم لا (قوله وله) أى وتقبل له الخ (قوله إذا قصده) أى الموكل واستمر قصده ، فلو عن له قصد نفسه بعد قصد موكله كان له ذلك ويملك ما أحياه الخ من حينئذ (قوله بخلاف مالو لم يقصده) بأن قصد نفسه أو أطلق أو قصدوا احدا لا بعينه لأن قصد واحد لا بعينه غير صحيح فكأنه لم يوجد فيحمل على حالة الإطلاق ، فإن قصد نفسه وموكله كان مشتركا فيما يظهر ، وقد يشكل هذا على مامر للشارح فيما لو استأجر الجمل من واحد والراوية من آخر الخ ، وقد قدمنا الجواب عنه فليراجع (قوله لأنه إخبار عن حق) قال فى شرح الروض : وقيل ليس بإقرار كما أن التوكيل بالإبراء ليس إبراء ، وبه يتضح قول الشارح الآتى كان إقرارا جزما (قوله ولو قال أقر له بألف) وكذا لو قال : أقر له على بألف فإنه لغو اهـ شيخنا زيادى وحج (قوله ويصح فى استيفاء عقوبة له) ظاهره ولو قبل ثبوتها وهو متجه اهـ سم على حج (قوله لا فى إثباتها مطلقا) قد يشكل عليه ما فى خبر « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فإن قوله فإن اعترفت فارجمها توكيل من الإمام فى إثبات الرجم وفى استيفائه ، إلا أن يجاب بأن المراد فإن دامت على الاعتراف بناء على أنها كانت اعترفت له صلى الله عليه وسلم أو بلغه اعترافها بطريق معتبر اهـ سم على حج (قوله ليسقط الحد عنه) أى القاذف (قوله فتسمع دعواه) أى الوكيل (قوله عليه) أى المقذوف (قوله فى استيفائها) أى العقوبة (قوله إلا بحضرة الموكل) متعلق بقول الشارح استيفائها اهـ سم على حج (قوله إذا ثبتت) أى العقوبة

(قوله كان إقرارا جزما) أشعر بأن ماصور به المتن فيه خلاف وهو كذلك (قوله من الإمام أو السيد) عبارة التحفة : لكن من الإمام أو السيد وهى التى يتضح عليها معنى قوله مطلقا (قوله فلا يمتنع الاستيفاء الخ) عبارة التحفة مع الاستيفاء فى غيبتهم الخ

يشترط علمه من كل وجه) ولا ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوّزت للحاجة فسومح فيها (فلو قال وكلتك فى كل قليل وكثير) لى (أو فى كل أمورى) أو حقوقى (أو فوّضت إليك كل شىء) لى أو كل ماشئت من مالى (لم يصح) لما فيه من عظيم الغرر لأنه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدّق بأمواله . وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعا لمعين وهو كذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، فلا ينفذ تصرف الوكيل فى شىء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذى هو السبب فى البطلان لايندفع بذلك ، وفارق مامرّ عن أبى حامد بأن ذاك فى جزئى خاص معين فساغ كونه تابعا لقلة الغرر فيه بخلاف هذا وبخلاف مامر فى وكلتك فى كذا وكل مسلم ، إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين ، وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معينا وليست هذه المسئلة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر فى التابع فيها (وإن قال) وكلتك (فى بيع أموالى وعتق أرقائى) ووفاء ديونى واستيفائها ونحو ذلك (صح) وإن لم يكن ماذكر معلوما عندهما لقلة الغرر فيه ولو قال فى بعض أموالى أو شىء منها لم يصح كبع هذا أو هذا بخلاف أحد عبيدى لتناوله كلا منهم بطريق العموم البدلى فلا إبهام فيه ، بخلاف ماقبله ، أو أبرئ فلانا عن شىء من دينى وصح وحمل على أدنى شىء إذ الإبراء عقد غبن فتوسع فيه بخلاف البيع ، أو عما شئت من دينى فليبق عليه شيئا منه أو عن جميعه صح إبراؤه عن بعضه ، بخلاف بيعه لبعض ماوكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر إذ لايرغب عادة فى شراء البعض ، ولو باعه بأنقص من قيمة الجميع بقدر يقطع عادة بأنه يرغب فى الباقى به لم يبعد صحته (وإن وكله فى شراء عبد) مثلا للقنية (وجب بيان نوعه) كتركى وهندى أو نحوهما ، ولا يغنى ذكر الجنس كعبد ولا الوصف كأبيض . ويشترط أيضا بيان صنفه إن اختلف النوع اختلافا ظاهرا وصفة اختلف بها الغرض . نعم لايشترط ذكر أوصاف السلم ولا مايقرب منها ، أما إذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع ولا غيره ، بل يكفى اشتر ماشئت من العروض أو مافيه حظّ كالقراض كما اقتضاه كلام الروضة ، ونقله ابن الرفعة عن الماوردى وغيره وأقرّه وهو ظاهر ، ولو اشترى من يعتق على الموكل صح وعتق عليه ،

(قوله أو حقوقى) لايخالف هذا مامر عن ابن الصلاح من أنه لو وكله فى المطالبة بحقوقه دخل مايتجدد الخ فإنه صريح فى صحة الوكالة فى ذلك لما أشار إليه الشارح بقوله لما فيه من عظيم الغرر . وأما مامر فلتعلقه بخصوص المطالبة يقل الغرر فيه (قوله وفارق مامر عن أبى حامد) أى فى قوله وعلم مما مر أنه لو جعل المعدوم تبعا الخ (قوله وبخلاف مامر) أى فإنه يصح (قوله ونحو ذلك) من النحو اقتراض أو شراء ما يحتاج إليه الوكيل فى ماله تعلق بما وكل فيه ، ومن ذلك مايقع كثيرا أن شخصا يوكل آخر فى التصرف فى قرية من قرى الريف بالزرع والزراعة ونحوهما (قوله بخلاف أحد عبيدى) قد يشكل هذا بعدم الصحة فيما لو قال : وكلت أحدكما أو وكلتك فى تطليق إحدى نسائى كما تقدم عن البحر (قوله بخلاف ماقبله) أى أو قال الخ (قوله وحمل على أدنى شىء) أى بشرط أن يكون متمولا أخذا من العلة ، إذ العقود لاترد على غير متموّل (قوله عما شئت من دينى) بقى مالو حذف من دينى . وفى حواشى الروض : ولو حذف منه ، وقال أبرئه عما شئت أبقى شيئا احتياطا للموكل إذ المغنى على أنه منه (قوله صحّ إبراؤه) أى كما يصح عن موكله (قوله بخلاف بيعه لبعض) أى فإنه غير صحيح (قوله صح وعتق) أى مالم يبن معيبا كما يأتى له فى الفصل الآتى بعد قول المصنف فلكل من الوكيل والموكل الرد ، وقياس ماذكره الشارح أنه لو اشترى له زوجته أو لها زوجها صح

بخلاف القراض لمنافاته موضوعه من طلب الربح ، ولو وكله فى تزويج امرأة اشترط تعيينها ولا يكتفى بكونها مكافئة له لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيرا فاندفع ماذكره السبكي هنا نعم إن أتى له بلفظ عام كزوّجنى من شئت صح للعموم وجعل الأمر راجعا إلى رأى الوكيل ، بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراده ظاهرة ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض (أو) فى شراء (دار) للقنية أيضا (وجب بيان المحلة) أى الحارة ، ومن لازمها بيان البلد فلذا لم يصرّح به (والسكة) بكسر أوّله وهى الزقاق المشتملة عليه وعلى مثله الحارة لاختلاف الغرض بذلك ، وقد يغنى تعيين السكة عن الحارة (لاقدر الثمن) فى العبد والدار مثلا (فى الأصح) لأن غرضه قد يتعلق بواحد من النوع من غير نظر لخسة ونفاسة . نعم يراعى حال الموكل وما يتعلق به . والثانى لابدّ من تقديره كمائة أو بيان غاية كمائة إلى ألف لتفاوت أثمان الجنس الواحد إذ المحلة تجمع دار الغنىّ والفقير ، ثم شرع فى بيان الركن الرابع وهو الصيغة فقال (ويشترط من الموكل) أو نائبه (لفظ) صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهمة لا لكل أحد (يقتضى رضاه كوكلتك فى كذا أو فوّضته إليك) أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامى فيه (أو أنت وكيلى فيه) كبقية العقود ، إذ الشخص ممنوع من التصرف فى مال غيره إلا برضاه ، وخرج بكاف الخطاب ومثلها وكلت فلا نا ما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى مثلا فلا يصح ، ولا ينفذ تصرّف أحد بهذا الإذن لفساده . نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد فى إعتاق عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على مابحثه السبكى وأخذ منه صحة قول من لاولىّ لها أذنت لكل عاقد فى البلد أن يزوّجنى . قال الأذرعى : وهذا إن صح

وانفسخ النكاح (قوله بخلاف القراض) أن فإنه لايصح ولا يعتق عليه لأن صحته تستدعى دخوله فى ملكه وهو مقتض للعتق كما يأتى فى شرح المنهج فى القراض (قوله ولو وكله فى تزويج امرأة الخ) ولو قالت لوليها : زوّجنى من رجل نقياس ذلك الصحة مطلقا ولا يزوجها إلا من كفء وإن قالت له : زوجنى ممن شئت زوّجها ولو من غير كفء (قولهفلا دلالة فيه على فرد) أى بعينه (قوله وجب بيان المحلة) بفتح الحاء وكسرها كما يؤخذ من المختار (قوله ومن لازمها بيان البلد) أى غالبا اهـ حج (قوله ويشترط من الموكل لفظ)

[فرع] لو قال وكلتك فى أمور زوجتى هل يستفيد طلاقها ؟ فيه نظر ، ويتجه لاحيث لاقرينة احتياطا مر اهـ سم على حج (قوله لا لكل أحد) أى فإن فهمها كل أحد كانت صريحة (قوله فى إعتاق عبدى) قال ابن النقيب : ومثله مالو قال وكلت من أراد فى وقف دارى هذه مثلا اهـ . وهو ظاهر حيث عين الموقوف عليه ، وشروط الوقف التى أرادها كما لو قالت المرأة وكلت كل عاقد فى تزويجى حيث اشترط لصحته تعيين الزوج ويحتمل الأخذ بظاهره فيصح مطلقا ، ويعتبر تعيين مايصحح الوقف من الوكيل وكأن الموكل أراد تحصيل وقف صحيح على أى حالة (قوله أو تزويج أمتى هذه صح) عدم تعلق الغرض فى هذه ظاهر إن عين له الزوج كما يأتى عن الأذرعى فى الحرة (قوله وأخذ منه صحة الخ) قال سم على منهج : واعتمد مر عدم الصحة إلا تبعا لغيره ، فلا يصح إذن المرأة على الوجه المذكور اهـ (قوله لكل عاقد)

(قوله مفهمة لا لكل أحد) أى حتى يكون كناية وكان عليه حينئذ أن يذكر المفهمة لكل أحد فى الصريح ، والشهاب حج لم يذكر قوله لكل أحد لأن الكاف فى قوله ككتابة للتنظير ، لأن موضوع مسئلة المتن أن هناك لفظا فكأنه قال ومسألة الكتابة والإشارة على التفصيل المعلوم فيها (قوله وخرج بكاف الخطاب) لو أسقط لفظ كاف ليشمل ما ذكر من الأمثلة لكان واضحا (قوله وهذا إن صح) يعنى ماذكر من تزويج الأمة ، وعبارته فى قوته نصها : وما ذكره يعنى السبكى فى تزويج الأمة إن صح ينبغى أن يكون فيما إذا عين الزوج ولم يفوّض إلا

فمحله عند تعيينها الزوج ولم تفوّض سوى صيغة العقد خاصة وبذلك أفتى ابن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة. نعم كتابة الشهود ووكلا فى ثبوت ذلك وطلب الحكم به لاغية إذ ذلك ليس توكيلا لمعين ولامبهم فيتعين أن يكتبوا وكلا فى ثبوته وكلاء القاضى أونحو ذلك ولو قالوا فلانا وكل مسلم جاز كما مرّ (ولو قال : بع أو اعتق حصل الإذن) فهو قائم مقام الإيجاب وأبلغ منه (ولا يشترط) فى وكالة بغير جعل (القبول لفظا) بل الشرط أن لا يرد وإن أكرهه الموكل ، ولا يشترط هنا فور ولا مجلس إذ التوكيل رفع حجر كإباحة الطعام ، ومن ثم لو تصرف غير عالم بالوكالة صح كما لو باع مال مورثه ظانا حياته فبان ميتا ، وسيأتى فى الوديعة الاكتفاء بلفظ من أحدهما وقبول من الآخر ، وقياسه جريان ذلك هنا لأنها توكيل وتوكل ، وقد يشترط القبول هنا لفظا كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى بيده فى قبضها له لابدّ من قبول لفظا لتزول يده عنها به . أما لو كانت بجعل فلابدّ من قبوله لفظا كما فى المطلب ، وينبغى تصويره بما إذا كان العمل الموكل فيه مضبوطا لتكون الوكالة حينئذ إجارة (وقيل يشترط) مطلقا لأنه تمليك للتصرّف (وقيل يشترط فى صيغ العقود كوكلتك) قياسا عليها (دون صيغ الأمر كبع أو أعتق) لأنه إباحة (ولا يصح تعليقها بشرط) من صفة أو وقت (فى الأصحّ) كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والأمارة للحاجة . والثانى تصح كالوصية وردّ بما مرّ ، وعلى الأول ينفذ تصرّفه فى ذلك عند وجود الشرط

أى ممن له ولاية العقد من القضاة (قوله ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل) قال حج فى الدعوى اه (قوله ووكلا) أى الزوجة والمدعى (قوله ووكلا) أى المدّعيان (قوله ولو قالوا) أى فى كتابتهم أو عند القاضى (قوله ولا يشترط هنا فور) قال فى شرح الروض : نعم لو وكله فى إبراء نفسه أو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده اعتبر القبول بالامتثال فورا ، ذكره الرويانى وغيره ، وهذان لا يستثنيان فى الحقيقة لأن الأوّل منهما مبنى على أنه تمليك لا توكيل كنظيره فى الطلاق . والثانى إنما اعتبر فيه الفور لإلزام الحاكم إبقاء حق الغريم لا للوكالة اه فليتأمل . فإنه قد لا يتعلق بما فيه غريم اه سم على حج (قوله وقبول) أى قبول ماخوطب به من أخذ الوديعة أو دفعها (قوله وأذن) أى الواهب (قوله له) أى الآخر (قوله فوكل) أى الآخر (قوله لابد من قبول) أى ممن هى تحت يده (قوله أما لو كانت بجعل) ظاهره أنه لافرق بين كون التوكيل بصيغة الأمر أو غيره وهو ظاهر . وفى حج أما التى بجعل فلابدّ فيها من القبول لفظا إن كان الإيجاب بصيغة العقد لا الأمر اه (قوله فلابدّ من قبوله لفظا) أى وفورا أيضا أخذا من قوله لتكون الوكالة حينئذ إجارة (قوله وقيل يشترط مطلقا) أى سواء صيغ العقود وغيرها (قوله سوى الوصية) أى بأن يقول إذا جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا ، وقضية ماذكرناه عن سم أن محل الصحة فى تعليق الإيصاء كما لو قال إذا جاء رأس الشهر ففلان وصىّ (قوله والإمارة) فى فتاوى البلقينى فى باب الوقف مسئلة هل يصح تعليق الولاية ؟ الجواب لا يصح تعليق الولاية

صيغة العقد ، ثم قال : وسئل ابن الصلاح عمن أذنت أن يزوّجها العاقد فى البلد من زوج معين بكذا فهل لكل أحد عاقد بالبلد تزويجها ؟ فأجاب إن اقترن بإذنها قرينة تقتضى التعيين فلا شك إن سبق إذنها قريبا ذكر عاقد معين أو كانت تعتقد أن ليس بالبلد غير واحد ، فإن إذنها حينئذ يختص ولا يعم ، وإن لم يوجد شىء من هذا القبيل فذكرها العاقد محمول على مسمى العاقد على الإطلاق ، وحينئذ لكل عاقد بالبلد تزويجها هذا مقتضى الفقه فى هذا اه . وبه تعلم مافى كلام الشارح كالشهاب حج (قوله تعيينها) صوابه تعيينه كما علم مما قدمناه (قوله وقبول من الآخر) أى ولو الموكل هنا (قوله وردّ بما مرّ) أى بقبول الوصية الجهالة أى بما لا تقبله الوكالة

لوجود الإذن ، وينفذ أيضا تصرّف صادف الإذن حيث فسدت الوكالة مالم يكن الإذن فاسدا كما لو قال وكلت من أراد بيع دارى فلا ينفذ التصرف كما قاله الزركشى ، والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز كما قاله ابن الصلاح ، إذ ليس من تعاطى العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعة (فإن نجزها وشرط للتصرف شرطا جاز) اتفاقا كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لاتبعه إلا بعد شهر ، ويظهر الاكتفاء بلا تبعه إلا بعد شهر . قال بعضهم : وعلم من ذلك أنه لو قال لآخر قبل رمضان وكلتك فى إخراج فطرتى وأخرجها فى رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتى لأنه تعليق محض ، وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع اه . والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة ، إذ كل من الموكل والوكيل لايملك ذلك عن نفسه حال التوكيل ، وظاهر صحة إخراجها عنه فيه حتى على الثانى لعموم الإذن كما علم مما تقرر ، ويصح توقيت الوكالة كوكلتك شهرا ، فإذا مضى الشهر امتنع على الوكيل التصرف (ولو قال وكلتك) فى كذا (ومتى) أو مهما أو إذا (عزلتك فأنت وكيلى صحت) الوكالة (فى الحال فى الأصح) لأنه نجزها . والثانى لاتصح لاشتمالها على شرط التأبيد وهو إلزام العقد الجائز ، وردّ بمنع التأبيد بما ذكر لما يأتى . وللخلاف شروط هنا لاحاجة للإطالة بذكرها ، فمتى انتفى واحد منها صحت قطعا (وفى عوده وكيلا بعد العزل الوجهان فى تعليقها) لأنه علقها ثانيا بالعزل ، والأصح عدم العود لفساد التعليق ، والثانى تعود مرة واحدة ، نعم يعود الإذن العام على الأوّل الراجح فينفذ تصرفه ، فطريقه أن يقول عزلتك ومتى أو مهما عدت وكيلى فأنت معزول لأنه ليس هنا ما يقتضى التكرار ، ومن ثم لو أتى بكلما عزلتك فأنت وكيلى عاد مطلقا لاقتضائها التكرار ، فطريقه أن يوكل من يعزله ، أو يقول : وكلما وكلتك فأنت معزول ، فإن قال : وكلما انعزلت فطريقه وكلما عدت وكيلى لتقاوم التوكيل والعزل واعتضاده بالأصل وهو الحجر فى حق الغير فقدم ، وليس هذا من التعليق قبل الملك خلافا للسبكى لأنه ملك أصل التعليقين (ويجريان فى تعليق العزل) بنحو طلوع الشمس ، والأصح عدم صحته

فى مذهب الشافعى إلا فى محل الضرورة كالإمارة والإيصاء اه . ومنه تستفيد أن مايحصل فى مواضع الإحباس من جعل النظر له ولأولاده بعده لايصح فى حق الأولاد برّ اه سم على منهج (قوله والإقدام) أى بعد وجود الشرط (قوله ويظهر الاكتفاء بلا تبعه) قضيته وإن لم يسبقه وكلتك ويحتمل أن المراد الاكتفاء بذلك بعد قوله وكلتك وإن لم يقل الآن ، ثم رأيت حج جزم فى تصوير المسئلة بهذا الاحتمال (قوله لأنه تعليق) أى فلا يصح (قوله عدم الصحة) أى للوكالة فى الشقين وهما مالو قال وكلتك فى إخراج فطرتى الخ وما لو قال إذا جاء رمضان فأخرج الخ (قوله وظاهر الخ) معتمد (قوله إخراجها) أى الفطرة (قوله فينفذ تصرفه) أى إذا أراد منعه من التصرف بالإذن العام (قوله أن يقول عزلتك)عزلتك اه حج (قوله وليس هذا) أى قوله وكلما عدت الخ (قوله لأنه ملك أصل التعليقين) أى تعليق العزل وتعليق الوكالة (قوله والأصح عدم صحته) أى فلا ينعزل بطلوعها

(قوله ويظهر الاكتفاء بلا تبعه إلابعد شهر) إن كان المراد أنه يكتفى بذلك عن أصل التوكيل فظاهر أنه غير صحيح . والظاهر أن مراده أن ذكر الآن غير قيد كما ذكره غيره فقصرت عنه عبارة ، ويدل على أن هذا مراده مارتبه عليه من قوله وعلم من ذلك الخ فإن الشهاب حج رتبه عليه

فيمنع من التصرف عند وجود الشرط لوجود المنع كما أن التصرف ينفذ فى الوكالة الفاسدة بالتعليق عند وجود الشرط لوجود الإذن ، وقيل لاينعزل بطلوعها ، وحينئذ فينفذ التصرف على ما اقتضاه كلامهم ، وما أطال به جمع فى استشكاله بأنه ينفذ تصرفه مع منع المالك منه . أجيب عنه بأنه لايلزم من عدم العزل نفوذ التصرف ولا رفع الوكالة بل قد يبقى ولا ينفذ كما لو نجزها ، وشرط للتصرف شرطا وأخذ بعضهم بقضية ذلك حيث جزم بعدم نفوذ التصرّف يمكن رده بمنع ذلك مالم تكن الصيغة مختلة من أصلها فلا يستفيد بها شيئا ، وهذا المعوّل عليه الأوّل .

اه حج (قوله فيمنع من التصرف) أى ومع عدم العزل يمنع من التصرف (قوله وقيل لاينعزل) هذا عين الأصح السابق فكان الأظهر ، وقيل ينعزل ، ولايتأتى حينئذ ما فرّعه عليه بقوله وحينئذ فينفذ التصرف الخ ، اللهم إلا أن يقال المراد من قوله لاينعزل أنه لاينعزل من التصرف بناء على عدم انعزاله من الوكالة فليتأمل ، ولعل فى العبارة سقطا . وقد يقال المقصود من حكاية القيل صحة التصرف لعدم العزل وكأنه قال والأصح عدم صحته ، ومع ذلك لاينفذ التصرف لوجود المنع ، ولا يلزم من عدم العزل جواز التصرف كما أنه لايلزم من فساد الوكالة فساد التصرف ، وقيل حيث قلنا لاينعزل صح تصرفه ، فيصير حاصل الخلاف أنه إذا علق بطلوع الشمس لاينعزل بطلوعها لفساد التعليق ، وفى صحة التصرف وجهان أصحهما عدمه (قوله والمعوّل عليه الأول) وهو المنع من التصرف المذكور فى قوله والأصح عدم صحته فيمنع الخ .

(قوله فيمنع من التصرف) المناسب لكن يمنع من التصرف لأن المنع من التصرف لايتفرع على عدم العزل وإنما يتفرع على العزل (قوله وقيل لاينعزل) لايصح أن يكون هذا مقابلا لما اختاره إذ هو عينه ، وإنما محط المخالفة نفوذ التصرف وعدمه ، فالشارح موافق لهذا القيل فى عدم نفوذ العزل كما هو واضح ، فكان المناسب خلاف هذا السياق ، وعذره أنه كان أوّلا تبع العلامة حج فى هذا القيل كما هو كذلك فى بعض النسخ ، ثم رجع عنه بعد أن سطر العبارة فزاد قوله والأصح عدم صحته الخ ، ثم دخل على ما كان سطره من العبارة بقوله وقيل فحصل ما تراه (قوله وما أطال به جمع إلى قوله فلا يستفيد بها شيئا) من كلام القيل وقائله الشهاب حج ، لكن لا بهذا اللفظ وعبارته والأصح عدم صحته فلا ينعزل بطلوعها وحينئذ فينفذ التصرف على ما اقتضاه كلامهم ، لكن أطال جمع فى استشكاله بأنه كيف ينفذ مع منع المالك منه وتخلص عنه بعضهم بأنه لايلزم من عدم العزل نفوذ التصرف ولا رفع الوكالة بل قد تبقى ولا ينفذ كما لو نجزها وشرط للتصرف شرطا ، وأخذ بعضهم بقضية ذلك فجزم بعدم نفوذ التصرف . وقد يجاب بأنا لانسلم أن المنع مفيد إلا لو صحت الصيغة الدالة عليه ، ونحن قد قررنا بطلان هذه المعلقة فعملنا بأصل بقاء الوكالة إذ لم يوجد له رافع صحيح ، وحينئذ اتضح نفوذ التصرف عملا بالأصل المذكور فتأمله انتهت ، وبه تعلم ما فى كلام الشارح أوّلا وآخرا .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فصل فى أحكام الوكالة بعد صحتها

وهى ماللوكيل وعليه عند الإطلاق ، وتعيين الأجل وشرائه للمعيب ، وتوكيله لغيره (الوكيل بالبيع) حال كون البيع (مطلقا) فىالتوكيل بأن لم ينص له على غيره أو حال التوكيل المفهوم من الوكيل مطلقا : أى غير مقيد بشىء ، وقد أشار الشارح لذلك بقوله أى توكيلا لم يقيد (ليس له البيع بغير نقد البلد) الذى وقع فيه البيع بالإذن لدلالة القرينة العرفية عليه ، فإن سافر بما وكل فى بيعه لبلد بلا إذن لم يجز له بيعه إلا بنقد البلد المأذون فيها ، ومراده بنقد البلد مايتعامل به أهلها غالبا نقدا كان أو عرضا لدلالة القرينة العرفية عليه . فإن تعدّد لزمه بالأغلب ، فإن تساويا فبالأنفع وإلا تخير أو باع بهما كما قاله الإمام والغزالى ، ومحل الامتناع بالعرض فى غير مايقصد للتجارة

(فصل) فى أحكام الوكالة

(قوله وتعيين الأجل) أى وحكم تعيين الأجل ، ويجوز رفعه (قوله وشرائه) أى وحكم شرائه ، ويجوز رفعه ، ويوافقه رسم حج له بالواو وهو أولى لسلامته من حذف المضاف وإبقاء عمله (قوله وتوكيله لغيره) أى وما يتبع ذلك كانعزال وكيل الوكيل وعدمه (قوله على غيره) أى التوكيل فى البيع (قوله أو حال التوكيل المفهوم الخ) زاد حج : ويصح كونه صفة لمصدر محذوف : أى توكيلا مطلقا (قوله ليس له البيع بغير نقد البلد) لو أمره أن يبيع بنقد عينه فأبطل بعد التوكيل وقبل البيع وجدد آخر فيتجه امتناع البيع بالجديد لأنه غير مأذون فيه وكذا بالقديم ، ويحتاج إلى مراجعته مر اه سم على حج . أقول : ولو قيل بجواز البيع بالجديد تعويلا على القرينة العرفية لم يكن بعيدا ، إذ الظاهر من حال الموكل إرادة ما يروج فى البلد وقت البيع من النقود سيما إذا تعذرت مراجعة الموكل (قوله لم يجز له بيعه إلا بنقد البلد المأذون فيها) أى وإذا باع بنقد البلد صح وضمن الثمن ، وعبارة الشارح بعد قول المصنف فى الفصل الآتى : ولا ينعزل بالتعدى فى الأصح الخ ، ويزول ضمانه عما تعدى فيه ببيعه وتسليمه ولا يضمن ثمنه لانتفاء تعديه فيه : ثم قال : وتقدم أنه لو تعدّى بسفره بما وكل فيه وباعه فيه ضمن ثمنه وإن تسلمه وعاد من سفره فيستثنى مما مرّ : أى فى قوله ويزول ضمانه عما تعدى الخ (قوله نقدا كان أو عرضا) تقدم فى نظيره من الشركة عند الشارح أن الأوجه امتناع البيع بالعرض مطلقا فلينظر الفرق بينهما بناء على ما اعتمده وقد يجاب بأنه لا تخالف فإن المراد بالنقد فى باب الشركة ماذكره هنا وهو مايغلب التعامل به ولو عرضا ، وعليه فالعرض الذى يمتنع البيع به ثم مالا يتعامل به مثلا إذا كان أهل البلد يتعاملون بالفلوس فهى نقدها فيبيع الشريك بها دون نحو القماش . نعم يشكل على ما فى الشركة جواز البيع هنا بالعرض حيث كان المقصود به التجارة وقد يفرق بأن متعلق الوكالة هنا معين كما لو قال وكلتك فى بيع هذا العبد فحيث كان غرض البائع التجارة فيه كفى مايحصل الربح من أى نوع والشركة لما لم يكن متعلقها خاصا ، بل إما نوع مخصوص كالقماش أو مطلق مايتجر فيه كان الغرر فيها أكثر فاحتيط لها (قوله لزمه بالأغلب) أى ولو كان غيره أنفع للموكل (قوله فبالأنفع) هذا ظاهر إن تيسر من يشترى بكل منهما ، فلو لم يجد إلا من يشترى بغير الأنفع فهل له البيع منه أم لا فيه نظر . وظاهر

(فصل) فى أحكام الوكالة

(قوله أو عرضا) لايخالف مامرّ فى الشركة من امتناع البيع بالعرض مطلقا لأن المراد به حيث لم يكن معاملة

وإلا جاز به كالقراض كما بحثه الزركشي وغيره ، وبما تقرر فى معنى مطلقا اندفع ماقيل كان ينبغى أن يقول بمطلق البيع فإن صورته أن يقول بع كذا ولا يتعرض لبلد ولا أجل ولا نقد ، بخلاف البيع المطلق لتقييد البيع بقيد الإطلاق ، وإنما المراد البيع لابقيد اهـ . وما تقرر من أن مطلقا حال من البيع المراد به البيع بقيد الإطلاق بأن لم ينص له على صفة ثمن كبع هذا أو كبعه بألف ، فمعنى الإطلاق فى هذا الإطلاق فى صفاته فاندفع قوله فإن صورته إلى آخره ، وكذا مارتبه عليه (ولا) البيع (بنسيئة) ولو بأكثر من ثمن المثل لأن المعتاد غالبا الحلول مع الخطر فى النسيئة (ولا بغبن فاحش وهو مالا يحتمل غالبا) فى المعاملة كدرهمين فى عشرة إذ النفوس تشحّ به ، بخلاف اليسير كدرهم فيها . نعم قال ابن أبي الدم : العشرة إن سومح بها فى المائة فلا يتسامح بالمائة فى الألف ، فالصواب الرجوع للعرف ، ويوافقه قولهما عن الروياني إنه يختلف بأجناس الأموال ، لكن قوله فى البحر إن اليسير يختلف باختلاف الأموال ، فربع العشر كثير فى النقد والطعام ونصفه يسير فى الجواهر والرقيق ونحوهما محل نظر ، وهو محمول على عرف زمنه إذ الأوجه اعتبار العرف المطرد فى كل ناحية بما يتسامح به فيها . ولو باع بثمن المثل وثم راغب

كلام الشارح الثانى ، ولو قيل بالأوّل لم يكن بعيدا لأن الأنفع حينئذ كالمعدوم (قوله اندفع ماقيل الخ) أى لصلاحيته لما قررته به فلا يرد أن أوّل وجوه إعرابه لاينافى كونه ولو بمعناه من كلام الموكل فتأمله اهـ سم على حج (قوله وكذا مارتبه عليه) أى من قوله كان ينبغى الخ ، ووجه ترتيبه أنه جعل كون صورته كذا علة ، والمعلول مرتب على علته تقدم فى اللفظ أو تأخر (قوله بنسيئة) ويظهر أنه لو وكله وقت نهب جاز له البيع نسيئة لمن يأتى إذا حفظ عن النهب ، وكذا لو وكله وقت الأمن ثم عرض النهب لأن القرينة قاضية قطعا برضاه بذلك ، وكذا لو قال له بعه ببلد أو سوق كذا وأهله لايشترون إلا نسيئة وعلم الوكيل أن الموكل يعلم ذلك فله البيع نسيئة حينئذ فيما يظهر ، ثم رأيت ماسأذكره آخر مهر المثل عن السبكى كالعمراني أن الولى يجوز له العقد بمؤجل اعتيد وهو يؤيد ماذكرته ، لكن سيأتى فيه كلام لايبعد مجيئه هنا حج ، وعبارته ثم بعد أن ذكر كلام السبكى والعمراني نصها : فالذى يظهر أنه يشترط هنا ما فى الولى إذا باع بمؤجل للمصلحة من يسار المشترى وعدالته وغيرهما وأنه يشترط أيضا فيمن يعتدنه : أى الأجل أن يعتدن أجلا معينا مطردا فإن اختلف فيه احتمل إلغاؤه واحتمل اتباع أقلهن فيه . وقوله أقلهن فيه هو الأقرب لاتفاق الكل عليه إذ الأقل فى ضمن الأكثر (قوله بخلاف اليسير) ينبغى أن يكون المراد حيث لا راغب بتمام القيمة أو أكثر ، وإلا فلا يصح أخذا مما سيأتى فيما لو عين له الثمن أنه لايجوز له الاقتصار على ما عينه إذا وجد راغبا كما سيأتى وقد يفرق اهـ سم على منهج . أقول وقد يتوقف فى الفرق بأن الوكيل يجب عليه رعاية المصلحة وهى منتفية فيما لو باع بالغبن اليسير مع وجود من يأخذ بكامل القيمة (قوله ولو باع بثمن المثل وثم راغب) أى ولو بما لايتغابن به أخذا من إطلاقه ، وفى شرح الروض التقييد بما لايتغابن بمثله . قال سم على منهج بعد نقله ذلك عن شرح الروض : وهو يفهم الصحة إذا وجد الراغب بالذى يتغابن بمثله وفيه نظر اهـ . أقول : وقد يقال العرف فى مثله جار بالمساحة وعدم الفسخ للزيادة اليسيرة اهـ . وهذا كله مالم ير مصلحة فى البيع بالأقل كأن يكون من يريد الشراء بالزيادة يواكس فى قبض الثمن أو يخشى منه خروج

أهل البلد ويدل له قوله فيما يأتى ويحل الامتناع بالعرض الخ (قوله المراد به البيع بقيد الإطلاق) لعلّ الكتبة أسقطوا لفظ لا قبل قوله بقيد حتى يلاقى مامرّ ، وهو كذلك فى عبارة التحفة (قوله محل نظر) أى بالنظر للتمثيل خاصة

أو حدث فى زمن الخيار أتى جميع مامر فى عدل الرهن وأفهم قوله ليس له إلى آخره بطلان تصرفه فلهذا فرّع عليه قوله (فلو باع على أحد هذه الأنواع وسلم المبيع ضمنه) للحيلولة بقيمته يوم التسليم ولوفى مثلى كما ذكره الرافعى ، فإن تلف ولم يصح العقد طالب المشترى بالمثل فى المثلى والقيمة فى المتقوّم ، وإن صح وتعدى الوكيل بالتسليم ، فإن شاء طالبه بالثمن أو بالبدل المذكور ، وله مطالبة الوكيل برده فى صورة البطلان لتعديه بتسليمه لمن لايستحقه ببيع باطل فيسترده إن كان باقيا ، وله حينئذ بيعه بالإذن السابق وقبض الثمن ويده

الثمن مستحقا أو نحوذلك ، ويحتمل خلافه لأن الأمور المستقبلة لانظر إليها وهو ظاهر إطلاق الشارح كشرح المنهج . ثم رأيت الأوّل فى الخطيب حيث قال : ومحله كما قال الأذرعى إذا لم يكن الراغب مماطلا ولا متجوّها ولا ماله ولا كسبه حراما اهـ (قوله أو حدث) أى الراغب (قوله فى زمن الخيار) أى وكان الخيار للبائع أو لهما فإن كان للمشترى امتنع اهـ شيخنا زيادى فيما يأتى فى فصل فيما يجب على الوكيل . وقوله جميع مامر ، ومنه أنه إذا لم يفسخ انفسخ بنفسه لأن العبرة فى العقود بما فى نفس الأمر ، وينبغى أن يكون منه أيضا هنا ما لو اجتهد الوكيل فى البيع وأدّاه اجتهاده إلى أن فيه مصلحة ثم تبين خلافها فيتبين بطلانه (قوله ضمنه للحيلولة) أى وعليه فإذا تلف المبيع فى يد المشترى وأحضر بدله وكان مساويا لما غرمه جنسا وقدرا وصفة فهل له أن يأخذه بدل ماغرمه للحيلولة ، ويجوز له التصرف فيه بتراضيهما أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل لأنه بيع الدين لمن هو عليه وهو جائز . أما لو أراد أخذ ماقبضه الوكيل من المشترى فى مقابلة القيمة التى أخذها الموكل منه لم يجز لأن ماقبضه من المشترى عين والقيمة التى يستحقها دين ، والتقاصّ إنما يكون بين دينين استويا ، فلو تلفت القيمة فى يد الآخذ ضمنها ، فإن كان المضمون به من جنس الثمن وتوفرت فيه شروط التقاص حصل التقاص ، وكتب أيضا قوله ضمنه للحيلولة : أى ويجوز للموكل التصرف فيما أخذه من الوكيل لأنه يملكه كملك القرض (قوله بقيمته) فإن قلنا إنه : أى الوكيل يغرم القيمة مطلقا فهل يرجع فى المثلى بها على المشترى لأنها التى غرمها أو بالمثل لأنه الواجب على المشترى فيه نظر اهـ سم على حج . أقول : والذى يظهر أنه إنما يطالبه بالمثل لأنه المضمون به ماتلف فى يده ، وإذا أخذه بعد تلف المبيع فى يد المشترى دفعه للموكل واستردّ القيمة ، ويحتمل وهو القياس أنه لو تلف المبيع فى يد المشترى رجع الوكيل على الموكل بالقيمة وغرم له المثل لأنه الذى يضمن به متاعه الآن (قوله فإن تلف) ليس هذا تفريعا على خصوص ماذكره لأن البيع فيه باطل دائما ، فلعله بيان للحكم فيما لو تعدى الوكيل بالتسليم لابقيد ما الكلام فيه (قوله فإن شاء) أى الموكل (قوله طالبه) أى الوكيل (قوله أو بالبدل) قد يتوقف فى المطالبة بالبدل فإنه لم يتعد بالبيع ، وحيث صح فقد انتقل الملك فى المبيع للمشترى واستحق البائع عليه ثمنه ، والذى فوته بالتسليم إنما هو الثمن فكيف يطالب بالبدل ، والمتبادر من قوله بالبدل أن المراد به المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوّم ، لكن قضية قوله الآتى ضمن للموكل الخ أنه القيمة فقط (قوله إن كان باقيا) وهو يزول الضمان بالاسترداد أو لايزول إلا ببيعه ثانيا أو باستئمان من المالك ؟ فيه نظر ، وقياس ما يأتى من أنه لو تعدّى بالبيع لايزول ضمانه باسترداده أنه هنا كذلك (قوله بالإذن السابق) قال الشارح بعد قول المصنف فى الفصل الآتى ولا ينعزل فى الأصح : فلو رد عليه

(قوله فإن تلف ولم يصحّ) أى كما هو الصورة هنا . وأما قوله بعد فإن صح إلى آخره فلا محل له هنا كما هو ظاهر (قوله وإن شاء طالبه بالثمن الخ) هذا قد يعارض ما سيأتى له فيما قربه فى قول المصنف فإن خالف ضمن ، ثم لايخفى ما فى هذه السوادة من القلاقة ونسخ الشارح فيها مختلفة فليحرر .

أمانة عليه ، فإن لم يبق كان طريقا فى الضمان وقراره على المشترى ، وعلم بما تقرر فى التفريع رد من زعم أنه كان ينبغى أن يقول لم يصح ويضمن ، فلو لم يطلق اتبع ماعينه ، فنى بع بما شئت أو تيسر له غير النقد لابنسيئة ولا غبن لأن ما للجنس خلافا لجمع منهم السبكى فى تجويزه بالغبن أو بعه كيف شئت جاز بنسيئة فقط لأن كيف للحال فشمل الحال والمؤجل ، أو بكم شئت جاز بالغبن فقط لأن كم للعدد القليل والكثير ، أو بما عزّ وهان جاز غير النسيئة لأن ما للجنس فقرنها بما بعدها يشمل عرفا القليل والكثير من نقد البلد وغيره (فإن وكله ليبيع مؤجلا وقدّر الأجل فذاك) أى فبيعه بالأجل المقدر ظاهر ، وله النقص مالم ينهه عنه أو يترتب عليه ضرر كأن يكون لحفظه مؤنة : أى أو يترتب خوف كنهب قبل حلوله كما هو ظاهر أو عين له المشترى كما بحثه الأسنوى لظهور قصد المحاباة كما يؤخذ مما يأتى فى تقدير الثمن (وإن أطلق) الأجل (صح) التوكيل (فى الأصح وحمل) الأجل (على المتعارف) بين الناس (فى مثله) أى المبيع فى الأصح أيضا لأنه المعهود ، فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله ثم يتخير نظير مامر . ويشترط الإشهاد قياسا على عامل القراض كما صرح به القاضى

بعيب مثلا بنفسه أو بالحاكم عاد الضمان مع أن العقد يرتفع من حينه على الراجح . غير أنا لانقطع النظر عن أصله بالكلية (قوله وقراره على المشترى) أى فيضمنه بالمثل فى المثلى وأقصى القيم فى المتقوّم (قوله وعلم بما تقرر فى التفريع) أى من قوله وأفهم قوله ليس له الخ (قوله خلافا لجمع منهم السبكى فى تجويزه بالغبن) هذا مخالف لما قدمه فى الشركة قبيل قول المصنف ولكل فسخه متى شاء الخ حيث قال وقوله بما شئت إذن فى المحاباة كما يأتى بزيادة فى الوكالة ، فكأنه جرى ثم على ما قاله السبكى ، وحيث ردّها هنا دل على اعتماد ماهنا ، هذا وفرق ثم بين بما شئت وبين بما ترى حيث قال لا بما ترى لان فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضى النظر بالمصلحة اهـ . وسوّى شيخنا الزيادى بينهما هنا فى أنه ليس له البيع بالمحاباة (قوله جاز بنسيئة فقط) أى لا بغبن فاحش ولا بغير نقد البلد (قوله جاز بالغبن) وينبغى أن لايفرط فيه بحيث يعدّ إضاعة وأن لايكون ثم راغب بالزيادة (قوله فقط) أى لا بالنسيئة ولا بغير نقد البلد (قوله لأن كم للعدد) قال حج : ويظهر أن الكلام فيمن يعلم مدلول تلك الألفاظ كما ذكر ، وإلا فإن عرف له فيها عرف مطرد حملت عليه ، وإن لم يعلم له ذلك لم يصح التوكيل للجهل بمراده منها اهـ سم على منهج . وعبارته فى شرحه : وظاهر كلامهم أنه لافرق فى هذه الأحكام بين النحوىّ وغيره ، وهو محتمل لأن لها مدلولا عرفيا فيحمل لفظه عليه ، وإن جهله وليس كما يأتى فى الطلاق فى أن دخلت بالفتح لأن العرف فى غير النحوى ثم لايفرق . نعم قياس ما يأتى فى النذر أنه لو ادعى الجهل بمدلول ذلك من أصله صدق إن شهدت قرائن حاله بذلك اهـ . فلعل مانقله سم عنه له فى غير الشرح المذكور (قوله بما بعدها) أى عزّ وهان (قوله يشمل عرفا القليل والكثير) قال حج : ويتردد النظر فى بأى شىء شئت وبمهما شئت ولو قيل بما شئت لم يبعد (قوله ليبيع مؤجلا) هل له البيع حالا حينئذ ينبغى نعم إلا لغرض اهـ سم على حج (قوله لظهور قصد المحاباة) يؤخذ منه أن الكلام فيما إذا دلت القرينة على قصد المحاباة وإلا جاز له النقص عن الأجل والزيادة على الثمن المعين وإن كان المشترى معينا (قوله نظير مامر) أى فى تعدد النقدين (قوله ويشترط الإشهاد) سكت عن الرهن اهـ سم على حج . أقول : والظاهر أنه لايشترط لأن ذلك قد يؤدى لامتناع البيع ، إذ الغالب عدم رضا المشترى به ، وعليه فلعل

(قوله ويشترط الإشهاد الخ) عبارة التحفة : ويلزمه الإشهاد الخ ، ومر فى البيع أنه لو شرط عليه الإشهاد كان شرطا للصحة .

وبيان المشترى إن لم يعرفه الموكل وإلا ضمن وإن نسى وليس له قبض الثمن بعد حلوله إلا إن نص له عليه أو دلت عليه قرينة ظاهرة كما قاله جمع كأن أذن له فى السفر لبلد بعيد والبيع فيها بمؤجل ومقابل الأصح عدم الصحة لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولا وقصرا (ولا يبيع لنفسه) وإن نص له على ذلك وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة خلافا لابن الرفعة ودعواه جواز اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة بعيد من كلامهم إذ علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص واحد، وخرج عن ذلك الأب لعارض فبقى من عداه على المنع (وولده الصغير) أو المجنون أو السفيه ولو مع ما مر لئلا يلزم تولى الطرفين ، ومن ثم لو أذن فى إبراء أو إعتاق من ذكر صح لانتفاء التولى ولأنه حريص طبعا وشرعا على الاستقصاء لموكله فتضادا وأخذ من ذلك أنه عند انتفائهما بأن كان ولده فى ولاية غيره وقدّر الموكل الثمن ونهاه عن الزيادة جاز البيع له إذ لا تولى ولا تهمة كما أفهمه كلام المصنف فى تعليقه

الفرق بين هذ وبين بيع الولى مال المولى عليه حيث اشترط فيه الرهن الاحتياط لمال المولى عليه ، وأفهم قوله يشترط الخ أنه لو لم يشهد لم يصح البيع ، فظاهره أنه لو لم تكن الشهود حاضرة وقت البيع لم يصح العقد وإن أشهد فيما بعد ، وعبارة حج : ويلزمه الإشهاد وبيان المشترى حيث باع بمؤجل وإلا ضمن اهـ. وهو محتمل للإثم بترك الإشهاد مع صحة العقد والضمان ، ومن ثم كتب عليه سم : ليس فيه إفصاح بصحة البيع أو فساده عند ترك الإشهاد اهـ . وسيأتى بما فيه، وكتب أيضا قوله ويشترط الإشهاد وينبغى رجوع هذا ، وقوله وبيان المشترى الخ لما لو باع بمؤجل سواء قدّر الموكل الأجل أو أطلق (قوله وبيان المشترى) أى كأن يقول الوكيل للموكل بعته لفلان فلو لم يبينه له كأن قال بعته لرجل لا أعرفه ضمن (قوله وإلا ضمن) أى القيمة لا البدل فيما يظهر لأنها تغرم للحيلولة . وكتب سم قوله وإلا ضمن ليس فيه إفصاح بصحة البيع أو فساده عند ترك الإشهاد اهـ سم على حج . أقول : والذى ينبغى أنه شرط لعدم الضمان لا للصحة لأن الإشهاد إنما يكون بعد تمام العقد ، لكن نقل عن شيخنا الزيادى بالدرس اعتماد أنه شرط للصحة وقال خلافا لحج حيث جعله شرطا للضمان اهـ فليحرر (قوله وإن نسى) أى الوكيل (قوله كأن أذن له فى السفر) هو ظاهر إن لم تجر عادة الموكل بالسفر إلى ذلك البلد عن قرب وإلا فينبغى أن لا يقبض إلا بعد مراجعة الموكل ، ويحتمل أن تركه السفر على خلاف العادة كاف فى جواز القبض بل وجوبه لأن فى تركه ضياعا له وهو لا يرضى به (قوله إذ علة منع الاتحاد) أى فيما ذكر فلا ينافى أن التهمة قد تكون مانعة مع انتفاء تولى الطرفين (قوله فبقى من عداه) شمل الوصى والقيم وناظر الوقف فلا يجوز لهم تولى الطرفين (قوله لئلا يلزم تولى الطرفين) أى لأن الأب إنما يتولى الطرفين فى معاملته لنفسه مع موليه أو لموليته وهنا ليس كذلك لأن المعاملة لغيره ، ولا يجوز أيضا أن يوكل وكيلا فى أحد الطرفين ويتولى هو الطرف الآخر ، ولا وكيلين فى الطرفين أخذا مما يأتى فى النكاح أن من لا يتولى الطرفين ليس له أن يوكل وكيلا فى أحدهما أو وكيلين فيهما . نعم لو وكل وكيلا عن طفله كما صرحوا به ويتولى هو الآخر لم يبعد جوازه إذا قدر الثمن ، ونهى عن الزيادة إذ لا تهمة ولا تولى الطرفين لأن الوكيل حينئذ نائب طفله لا نائبه كما صرّحوا بذلك أيضا فليتأمل اهـ سم على حج . وينبغى أن مثل توكيله عن طفله مالو أطلق فيكون وكيلا عن الطفل . وقوله ولا يجوز أيضا أن يوكل وكيلا فى أحد الطرفين : أى عن نفسه أو يطلق فلا ينافى قوله الآتى . نعم لو وكل وكيلا الخ . وقوله إذا قدّر الثمن أقول : لو قيل بعدم اشتراط ذلك لم يكن بعيدا لأن الثمن له مردّ شرعى يرجع إليه وهو كونه حالا من نقد البلد فلا حاجة إلى التقدير (قوله ومن ثم) أى من أجل أن العلة تولى الطرفين (قوله أو إعتاق) ومثل ذلك ما لا يترتب عليه تولى الطرفين ، ومن ذلك ما يأتى من جواز التوكيل فى العفو عن نفسه فى القصاص وحدّ القذف (قوله من ذكر) أى من نفسه أو ولده الخ (قوله وشرعا على الاستقصاء لموكله) عبارة حج : طبعا وشرعا على الاسترخاص له وشرعا على الاستقصاء لموكله اهـ (قوله فى ولاية غيره) أى لفسق أبيه مثلا (قوله وقدّر الموكل الثمن) أفهم أنه لو لم يقدر الثمن أو قدر ولم ينهه عن

على التنبيه وهو ظاهر ، ولو وكله ليهب من نفسه لم يصح لما مر أو فى تزويج أو استيفاء حدّ او قصاص أو دين من نفسه فكذلك ، ومقتضاه منع توكيل السارق فى القطع ، وبه صرّح فى الروضة هنا لكن صرحوا فى باب استيفاء القود بخلافه ، وجمع البلقينى بينهما بحمل ماهنا على حالة وما هناك على أخرى ، وهو الأوجه كما سيأتى بيانه ثم إن شاء الله تعالى ، ويصح توكيله فى إبراء نفسه بناء على عدم اشتراط القبول فيه وفى إعتاقها والعفو عنها من قصاص أو حد قذف (والأصح أنه يبيع) أى الوكيل بالبيع مطلقا لأبيه (وسائر آصوله (وابنه البالغ) وسائر فروعه المستقلين ، سواء أعين الثمن أم لا لانتفاء ماذكر . والثانى لا لأنه متهم بالميل إليهم ، وإنما لم يجز لمن فوّض إليه أن يولى القضاء تولية أصله وفرعه لأن هنا مرادا ينفى التهمة وهو ثمن المثل ولا كذلك ثم ، ويجرى ذلك فى وكيل الشراء فلا يشترى من نفسه ومحجوره (و) الأصح (أن الوكيل بالبيع) بحال (له قبض الثمن وتسليم المبيع) الذى بيده مالم ينهه لأنهما من توابع البيع . والثانى لا لعدم الأذن فيهما وقد يرضاه للبيع دون القبض . نعم له فى نحو الصرف القبض والإقباض قطعا والقبض من مشتر مجهول والموكل غائب عن البيع لئلا يضيع لا فى البيع بمؤجل وإن حلّ إلا بإذن جديد كما مرّ وهنا له تسليم المبيع من غير قبض ، وظاهر إطلاقهم جريان ذلك وإن باعه بحاله وصححناه لأن إذن الموكل فى التأجيل عزل له عن قبض الثمن وإذن له فى إقباض المبيع قبل قبض الثمن فلم يرتفع بما أتى به الوكيل وإن كان أنفع للموكل ، ويحتمل خلافه لأن الموكل إنما رضى بذلك مع التأجيل دون الحلول ، وليس لمن وكل فى هبة تسليم قطعا لأن عقدها غير مملك ، فإن كان مؤجلا وحلّ أو حالا ونهاه عن قبضه لم يملك قبضه قطعا (ولا يسلمه) أى المبيع (حتى يقبض الثمن) الحال لما فى التسليم قبله من الخطر (فإن خالف) بأن سلمه له باختياره قبل

الزيادة لايجوز البيع له ، وهو مشكل بأن العلة فى امتناع بيعه لمن هو فى ولايته تولى الطرفين ، وهو منتف هنا كما ذكره الشارح بقوله : إذ لاتولى ولا تهمة وبأنه يجوز بيعه لأبيه وابنه البالغ وإن لم يقدر الثمن ولم ينهه عن الزيادة ولا نظر للتهمة فى ذلك ، اللهم إلا أن يقال : إن التهمة مع صغر الولد أو جنونه أقوى منها فى الأب والابن الكبير لما جرت به العادة من زيادة الحنوّ من الأب على ابنه الصغير أو المجنون فليتأمل . ثم رأيت سم على منهج صرح بالفرق المذكور (قوله أو قصاص) لعل العلة فى ذلك عدم حصول المقصود من التشفى للمستحق مع أنه فى إقامة الحدّ على نفسه قد يأتى بما لايحصل به ما هو مقصود الحدّ شرعا مما يحصل الألم للمحدود والعلة فى التزويج واستيفاء الدين من نفسه تولى الطرفين (قوله ويصح توكيله فى إبراء) هذا عين قوله السابق ، ومن ثم لو أذن فى إبراء الخ (قوله بناء على عدم اشتراط القبول فيه) وهو المعتمد (قوله وفى إعتاقها) أى نفسه ، وهذه علمت من قوله قبل أو إعتاق من ذكر الخ (قوله سواء أعين) أى الموكل (قوله لانتفاء ماذكر) أى من تولى الطرفين والتهمة (قوله تولية) فاعل يجز (قوله ولا كذلك ثم) أى لأنه قد يكون هناك من هو أصلح منهما مع وجود الشروط فى الكل حتى لو فرض انحصار الأمر فى أحدهما أمكن تولية السلطان له (قوله من نفسه ومحجوره) أى ولا بأكثر من ثمن المثل ولا بنسيئة ولا بغبن فاحش على قياس مامر فى الوكيل بالبيع (قوله فى نحو الصرف) أى كالمطعومات ورأس مال المسلم (قوله القبض) أى لأن القبض فى المجلس شرط لصحة العقد (قوله والقبض) أى قطعا (قوله إلا بإذن جديد) أى أو دلالة القرينة عليه كما مر أيضا (قوله وهنا) أى فى البيع بمؤجل (قوله من غير قبض) أى وإن حلّ الثمن (قوله وظاهر إطلاقهم الخ) معتمد (قوله وصححناه) أى على الراجح حيث لاضرر يلحق الموكل بالحلول (قوله فى هبة) أى عقدها (قوله تسليم) أى للموهوب له بأن يقبضه إياه (قوله فإن كان مؤجلا وحل) هذا علم من قوله أولا لا فى البيع بمؤجل وإن حلّ (قوله حتى يقبض الثمن الحال)

قبض الثمن (ضمن) للموكل قيمة المبيع ، ولو مثليا كما مر وإن زادت على الثمن يوم التسليم للحيلولة ، فإذا قبضه ردها ، أما لو أجبره حاكم على التسليم قبل القبض فلا ضمان عليه كما فى البحر أنه الأشبه حيث كان يرى ذلك مذهبا بالدليل أو تقليدا معتبرا ، فلو أكرهه عليه ظالم فكالوديعة فيضمن ، قاله الأذرعى ، وهو الأوجه ، والوكيل بالشراء لايسلم الثمن حتى يقبض المبيع وإلا ضمن (وإذا وكله فى شراء) موصوف أو معين كما اقتضاه كلامهما وإن جهل الموكل عيبه ومنع السبكى إجراء الأقسام الآتية فيه غير صحيح (لايشترى معيبا) أى لاينبغى له لما يأتى من الصحة المستلزمة للحل غالبا فى أكثر الأقسام وذلك لأن الإطلاق يقتضى السلامة ، وإنما جاز لعامل القراض شراؤه لأن القصد منه الربح ويؤخذ منه أنه لو كان القصد هنا ذلك جاز له شراؤه (فإن اشتراه) أى المعيب (فى الذمة) ولم ينص له على السليم (وهو يساوى مع العيب ما اشتراه به وقع) الشراء (عن الموكل إن جهل) الوكيل (العيب) لانتفاء المخالفة والتقصير والضرر لتمكنه من رده . نعم لو نص له على السليم لم يقع للموكل كما قال الأسنوى إنه الوجه لأنه غير مأذون فيه وخرج بذمة الشراء بعين مال موكله فيقع للموكل أيضا بهذه الشروط لكن ليس للوكيل رده لتعذره انقلاب العقد له ، بخلاف الشراء فى الذمة فالتقييد للاحتراز عن هذا خاصة (وإن علمه فلا) يقع الشراء للموكل (فى الأصح) سواء أساوى ما اشتراه أم زاد لأنه غير مأذون فيه عرفا . والثانى يقع له لأن الصيغة مطلقة ولا نقص فى المالية (وإن لم يساوه) أى ما اشتراه به (لم يقع عنه) أى الموكل (إن علمه) أى الوكيل العيب لتقصيره إذ قد يتعذر الرد فيتضرر (وإن جهله وقع للموكل فى الأصح) لعذر الوكيل بجهله مع اندفاع الضرر

ع انظر لو كان البائع وكيلا والمشترى وكيلا اهـ . أقول فى العباب فى باب البيع فى بحث التسليم مانصه : ولو تبايع وكيلان أو وليان أجبرا مطلقا اهـ سم على منهج . وقوله مطلقا : أى سواء كان الثمن معينا أم فى الذمة ووقع السؤال فى الدرس عما لو قال له وكلتك فى كذا لتتصرف فيه تصرف الملاك هل هو صحيح أم باطل ؟ فيه نظر. والجواب عنه أن الظاهر فيه الصحة ، ويحمل على التصرف فيه بالبيع دون الهبة والقرض فله بيعه بغير نقد البلد وبالغبن الفاحش والنسيئة (قوله ولو مثليا كما مر) الذى مرّ هو قوله وإن صح وتعدى الوكيل بالتسليم الخ وليس فيه ماذكر فليتأمل ، إلا أن يقال إن اللام فى البدل للعهد الذكرى المتقدّم فى قوله ضمنه للحيلولة بقيمته يوم التسليم الخ (قوله أما لو أجبره حاكم) أى أو متغلب فيما يظهر اهـ حج . وهو ظاهر على ما قاله حج أيضا من أنه قد يفرق بين إكراه الظالم على التسليم هنا وبين الوديعة بأن للمكره هنا شبهة انتقال الملك وثم لاشبهة له بوجه، وأما على ما استوجهه الشارح من الفرق بين إكراه الظالم وإكراه الحاكم الذى يراه فقد يشكل إلحاق المتغلب بالحاكم ، إلا أن يقال : المتغلب يصير كالحاكم لدفع المفاسد المتولدة بالفتن لمخالفته (قوله فيضمن) أى الوكيل أى يكون طريقا فى الضمان (قوله وإلا ضمن) أى القيمة للحيلولة قياسا على مامر له فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن (قوله عيبه) بالموحدة (قوله لايشترى معيبا) وهل له الشراء نسيئة وبغير نقد البلد حيث رأى فيه مصلحة أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول إذ لاضرورة فيه على الموكل (قوله لاينبغى له) أى لايحسن له (قوله فى أكثر الأقسام) احترز بقوله فى أكثر الأقسام عما لو اشترى بالعين وكان عالما بالعيب فإنه لايقع لواحد منهما ، ويحرم لتعاطيه عقدا فاسدا اهـ زيادى (قوله لتمكنه) أى الموكل (قوله نعم لو نص) كان الأولى أن يقول أما لو نص الخ لأنه محترز قوله ولم ينص له (قوله بهذه الشروط) هى عدم النص على التسليم ومساواته ما اشتراه وجهل الوكيل العيب (قوله فالتقييد) أى بقوله فى الذمة (قوله عن هذا) أى قوله لكن ليس للوكيل رده (قوله وإن لم يساوه) أى

(قوله وإنما جاز لعامل القراض الخ) أى جاز له ذلك دائما وبه يحصل الفرق بينه وبين الوكالة .

بثبوت الخيار له . والثانى لا لأن الغبن يمنع الوقوع عنه مع السلامة فعند العيب أولى ، ورده الأول بأن الخيار يثبت فى العيب فلا ضرر بخلاف الغبن (وإذا وقع) الشراء فى الذمة لما مر أنه ليس للوكيل الرد فى المعين (للموكل) فى صورتى الجهل (فلكل من الوكيل والموكل الرد) بالعيب . أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحق به . نعم يشترط لرده على البائع أن يسميه الوكيل فى العقد أو ينويه ويصدقه البائع وإلا رده على الوكيل ، ولو رضى به امتنع على الوكيل رده بخلاف عكسه . وأما الوكيل فلأنه لو منع لربما لايرضى به الموكل فيتعذر الرد لكونه فوريا فيقع للوكيل فيتضرر ، ومن ثم لو رضى به الموكل لم يرد كما مر ، والعيب الطارئ قبل القبض كالقارن فى الرد وعدمه كما اعتمده ابن الرفعة ناقلا له عن مقتضى كلام أبى الطيب ، وعلم مما مر أنه حيث لم يقع للموكل فإن وقع الشراء بالعين لم يصح وإلا وقع للوكيل ، وله عند الإطلاق شراء من يعتق على موكله فيعتق كما مر ما لم يبن معيبا فللموكل رده ولا عتق خلافا للقمولى (وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ماوكل فيه) لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره ولا ضرورة كالمودع لايودع ، وشمل كلامه مالوأراد إرسال ما وكل فى قبضه من دين مع بعض عياله فيضمن إن فعله خلافا للجورى ، وعلى رأيه يشترط فى المرسل معه كونه أهلا للتسليم بأن يكون رشيدا ، ويؤخذ من تعليلهم منع التوكيل بما ذكر عدم الفرق بين وكلتك فى بيعه وفى أن تبيعه ، وهو كذلك كما هو مقتضى إطلاق المصنف خلافا للسبكى حيث فرق بينهما فجوّز التوكيل مطلقا فى الأول دون الثانى (وإن لم يتأت) ماوكل

سواء كان الشراء فى الذمة أو بالعين (قوله نعم يشترط لردّه) أى الموكل (قوله ولورضى) أى الموكل (قوله امتنع على الوكيل ردّه) لو ردّه قبل علمه برضا الموكل ثم تبين أنه كان راضيا بهحين الرد فينبغى أن يتبين بطلان الرد اه سم على حج (قوله فلأنه لو منع الخ) أورد عليه أنه بتقدير أن لارد له يكون أجنبيا فتأخير الرد منه حينئذ لا أثر له . قال سم على حج : ويجاب بأن مجرد كونه أجنبيا لايقتضى عدم النظر إليه اه . هذا وقد يقال عدم رضا الموكل به بعد الحكم بوقوع العقد له لغو فلا عبرة بعدم رضاه ولا يقع بذلك للوكيل ، اللهم إلا أن يقال إن المراد بعدم رضاه أن يذكر سببا يقتضى عدم وقوع العقد له كإنكار الوكالة بما اشترى به الوكيل ، أو إنكار تسمية الوكيل إياه فى العقد أو نيته فليتأمل (قوله كالمقارن فى الرد وعدمه) أى لا فى عدم وقوعه للموكل لأنه مأذون له فى شرائه وقت العقد لسلامته عنده (قوله فى الرد وعدمه) أى وقد تقدم أنه إن كان الشراء بالعين فلا رد للوكيل أو فى الذمة فلكل منهما الرد (قوله فإن وقع الشراء بالعين لم يصح) لو تعذر الرد على البائع فى هذه الحالة بأن قصر الوكيل ولم يصدّق البائع أن الشراء للموكل وأخذ الثمن المعين فينبغى أخذا مما سيأتى فى مسائل الجارية أن يقال يرده الموكل على الوكيل ويغرمه بدل الثمن وللوكيل بيعه بالظفر واستيفاء ماغرمه من ثمنه اه سم على حج (قوله وإلا وقع للوكيل) والكلام فى العيب المقارن ، أما الطارئ فيقع فيه الموكل مطلقا سواء اشتراه بالعين أو فى الذمة (قوله شراء من يعتق) أى وإن علم بكونه يعتق عليه ، ولا نظر إلى ضرر الموكل لتقصيره بعدم التعيين وظاهره وإن كان الغرض من شرائه التجارة فيه من الموكل وعبارته فيما مر بعد قول المصنف كحج : فإن وكله فى شراء عبد وجب بيان نوعه ، ولو اشترى من يعتق على الموكل صح وعتق عليه بخلاف القراض لمنافاته موضوعه (قوله ولا عتق) قياس مامر فيما لو اشترى معيبا لايعلم عيبه وأعتقه ثم اطلع فيه على عيب من أنه ينفذ العتق ولا رد وله الأرش أنه هنا كذلك ، اللهم إلا أن يقال إنه لما أنشأ العتق هناك عومل بمقتضى ما أتى به ، بخلافه هنا فإنه إنما حكم عليه بالعتق ولم يوجد منه مايدل عليه فاشترط لصحة شرائه أن لايكون فيه مايمنع من الرضا به (قوله بعض عياله) والذى يظهر أن المراد بهم أولاده ومماليكه وزوجاته اه حج . وينبغى أن يلحق بمن ذكر خدمته بإجارة ونحوها (قوله فيضمن) أى خلافا لحج (قوله وعلى رأيه) أى الجورى (قوله فى الأول) هو قوله عدم الفرق بين وكلتك فى بيعه (قوله دون الثانى)

فيه منه (لكونه لايحسنه أو لايليق به) أو يشق عليه تعاطيه مشقة لاتحتمل فى العادة كما هو واضح (فله التوكيل) عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستنابة ، ومن ثم لو كان الموكل جاهلا بحاله أو اعتقد خلاف حاله امتنع توكيله كما أفهمه كلام الرافعى . وقال الأسنوى : إنه ظاهر ويأتى مثله فى قوله (ولو كثر) الموكل فيه (وعجز) الوكيل (عن الإتيان بكله فالمذهب أنه يوكل) عن موكله فقط ، فلو وكل عن نفسه لم يصح أو أطلق وقع عن الموكل (فيما زاد على الممكن) دون غيره لأنه المضطر إليه بخلاف الممكن : أى فى العادة بأن لايكون فيه كبير مشقة لاتحتمل غالبا فيما يظهر ، وفى كلام مجلى ما يقارب ذلك وتزييف مقابله القائل بأن المراد عدم تصور القيام بالكل مع بذل المجهود ، ولو طرأ العجز لطروّ نحو مرض أو سفر امتنع توكيله كما فى المطلب ، وكطروّ العجز مالو جهل الموكل حال توكيله ذلك كما يؤخذ مما مرّ آنفا عن الأسنوى ، فإن كان التوكيل فى حال علمه بسفره أو مرضه جاز له ذلك (ولو أذن) الموكل فى التوكيل وقال) للوكيل (وكل على نفسك ففعل فالثانى وكيل الوكيل) على الأصح لأنه مقتضى الإذن ، وللموكل عزله أيضا كما أفهمه جعله وكيل وكيله ، إذ من ملك عزل الأصل ملك عزل فرعه بالأولى ، وعبارة المصنف تفهم ذلك أيضا فلا اعتراض عليه (والأصح)

هو قوله وفى أن تبيعه ، ووجهه أن الثانى مشتمل على نسبة البيع للوكيل صريحا ولا كذلك الأول (قوله لكونه لايحسنه) أى أصلا ، أما إذا أحسنه لكن كان غيره فيه أحذق منه لم يجز التوكيل لأن الموكل لم يرض بيد غيره (قوله إنما يقصد به الاستنابة) قضيته أنه يتعين ذلك فى حقه وإن صار أهلا لمباشرته بنفسه (قوله امتنع توكيله) أى ولو فعله لم يصح وإذا تسلم ضمن (قوله ويأتى مثله) أى مثل قوله ومن ثم لو كان الموكل جاهلا الخ (قوله امتنع توكيله) أى وذلك لما تقدم من أن الموكل لم يرض بتصرف غيره ، لكن قضية قوله ثم ولا ضرورة كالمودع الخ أنه لو دعت الضرورة إلى التوكيل عند طروّ ماذكر كأن خيف تلفه لو لم يبع ولم يتيسر الرفع فيه إلى قاض ولا إعلام الموكل جاز له التوكيل ، بل قد يقال بوجوبه وهو ظاهر ، وبقى عكسه وهو ما لو وكل عاجزا ثم قدر هل له المباشرة بنفسه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى أخذا من قول الشارح المار كحج لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستنابة ، لكن عبارة شرح المنهج : لأن التفويض لمثل هذا لايقصد منه عينه اه . ومقتضاها أنه إنما قصد حصول الموكل فيه من جهة الوكيل فيتخير بين المباشرة بنفسه والتفويض إلى غيره (قوله وكطروّ العجز) لاحاجة

(قوله أو أطلق وقع عن الموكل) لايخفى جريانه فى المسئلة الأولى وكان ينبغى ذكره هناك (قوله فإن كان التوكيل فى حال علمه الخ) هذا قسيم قوله ولو طرأ العجز لطروّ نحو مرض الخ ، فكان ينبغى ذكره عقبه من غير فصل بقوله وكطروّ العجز الخ مع أن قوله وكطروّ العجز الخ مكرر مع قوله السابق وسيأتى مثله فى قوله الذى دخل به على قول المصنف ولو كثر الخ ، وعذره أنه تبع هناك صنيع التحفة ثم تبع هنا شرح الروض بهذا التصرف فحصل التكرار مع الإيهام ، وعبارة شرح الروض : ولو وكله فيما يمكنه عادة ولكنه عاجز عنه بسفر أو مرض ، فإن كان التوكيل فى حال علمه بسفره أو مرضه جاز له أن يوكل ، وإن طرأ العجز فلا خلافا للجورى ، قاله فى المطلب ، وكطروّ العجز مالو جهل الموكل حال توكيله ذلك كما يؤخذ مما مرّ آنفا عن الأسنوى انتهت (قوله وعبارة المصنف تفهم ذلك أيضا) أى كما أفهمته عبارة أصله حيث عبر فيما يأتى بقوله لكن الأصح أنه ينعزل بعزله ، ففى إتيانه بلكن تنبيه على ذلك ، فحينئذ ما أشار إليه المحرر مفهوم من قول المنهاج فالثانى وكيل الوكيل باللازم ، ويكون قوله والأصح أنه ينعزل بعزله زيادة على المحرر ، إذ الضمير فى عزله راجع فى عبارة المحرر للموكل وفى عبارة

على الأصح السابق (أنه)أى الثانى (ينعزل بعزله) أى الأول إياه (وانعزاله) بنحو موته أو جنونه أو عزل الموكل له لأنه نائبه وسيعلم من كلامه فيما ينعزل به الوكيل أنه ينعزل بغير ذلك، والثانى لاينعزل بذلك بناء على أنه وكيل عن الموكل (وإن قال وكل عنى) وعين الوكيل أولا ففعل (فالثانى وكيل الموكل) لأنه مقتضى الإذن (وكذا إن أطلق) بأن لم يقل عنك ولا عنى (فى الأصح)إذ توكيله للثالث تصرف تعاطاه بإذن الموكل فوجب وقوعه عنه والثانى أنه وكيل الوكيل وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه كما لو قال الإمام أو القاضى لنائبه استنب فاستناب فإنه نائب عنه لا عن منيبه وفرق الأول بأن الوكيل ناظر فى حق موكله فحمل الإطلاق عليه وتصرفات القاضى للمسلمين فهو نائب عنهم ولذا نفذ حكمه لمستنيبه ، وعليه فالغرض بالاستنابة معاونته وهو راجع له (قلت : وفى هاتين الصورتين) وهما إذا قال عنى أو أطلق (لايعزل أحدهما الآخر ولا ينعزل بانعزاله) لانتفاء كونه وكيلا عنه (وحيث جوّزنا للوكيل التوكيل) عنه أو عن الموكل (يشترط أن يوكل أمينا) كافيا لذلك التصرف وإن عين له الثمن ، والمشترى إذ شرط الاستنابة عن الغير المصلحة (إلا أن يعين الموكل غيره) أى الأمين فيتبع تعيينه لإذنه فيه . نعم لو علم الوكيل فسقه دون موكله لم يوكله فيما يظهر كما بحثه الأسنوى كما لايشترى ما عينه موكله ولم يعلم عيبه والوكيل يعلمه ، فإن عين له فاسقا فزاد فسقه امتنع توكيله أيضا كما بحثه الزركشى أخذا مما مرّ فى نظيره فى عدل الرهن لو زاد فسقه ، ومحل ماتقرر فيمن وكل عن نفسه فإن وكل عن غيره كولى لم يوكل إلا عدلا ، ومقتضى كلام المصنف عدم توكيل غير الأمين وإن

إليه مع قوله آنفا ويأتى مثله الخ (قوله أو عزل الموكل له) أى للأول (قوله لأنه) أى الثانى (قوله نائبه) أى الأول (قوله بغير ذلك) كجنونه أو إغمائه (قوله عنه) أى الموكل (قوله فإنه نائب عنه) أى عن النائب (قوله لا عن منيبه) أى وهو الإمام أو القاضى (قوله أن يوكل أمينا) شمل ما لو كان الأمين رقيقا وأذن له سيده فى التوكيل المذكور وهو واضح ، وكتب أيضا قوله أن يوكل أمينا قضيته أنه لو وكل فاسقا لم يصح وإن كان المال تحت يد الموكل أو غيره وإنما وكل الفاسق فى مجرد العقد ، وهو مقتضى كلام الشارح الآتى فيما لو وكل الولى عدلا ففسق حيث قال ولا ينافيه : أى عدم عزله وبقاء المال فى يده مامرّ من أن الولى لايوكل فى مال المحجور عليه فاسقا لأن ذلك بالنسبة للابتداء ، لكن قال حج : ثم توجيها لعدم انعزاله بالفسق أن الذى يتجه أن محل مامر من منع توكيل الفاسق فى بيع مال المحجور ما إذا تضمن وضع يده عليه ، وإلا فلا وجه لمنعه من مجرد العقد له اهـ . وهو صريح فى جواز توكيل الفاسق حيث لم يسلمه المال (قوله لم يوكله) أى لم يجز ولم ينفذ توكيله (قوله ولم يعلم) أى الموكل (قوله إلا عدلا) أى مطلقا سواء عين له فاسقا أو غيره

المنهاج للوكيل بدليل قوله وانعزاله إذ لا انعزال للموكل فتأمل (قوله على الأصح السابق) ظاهره أن الأصح السابق ترتب عليه خلاف هل ينعزل بعزله وانعزاله أولا ، وليس كذلك بل الحاصل أن الخلاف هل هو فى الحالة المذكورة وكيل الوكيل أو وكيل الموكل ، فإن قلنا بالأول انعزل بعزل الوكيل وانعزاله ، وإن قلنا بالثانى فلا وحينئذ فلا بد من العناية بكلام الشارح ليصح بأن يقال معنى قوله على الأصح السابق : أى بناء عليه بقرينة تصريحه بالبناء فى المقابل ، فالأصح مبنى على الأصح ومقابله على مقابله (قوله فإن وكل عن غيره) عبارة الأذرعى قيدت إطلاقه بقولى عن نفسه احترازا عما لو عين الولى ونحوه لوكيله غير الأمين فإنه لايجوز للوكيل توكيله قطعا ولا توكيل غيره لأنه لم يأذن فيه انتهت (قوله فى الصور المتقدمة [1]) أى حيث وقع التوكيل عن الموكل

---

(١) (قوله فى الصورة المتقدمة) ليس موجودا بنسخ الشرح التى بأيدينا اهـ مصححه .

قال له وكل من شئت وهو كذلك خلافا للسبكى ، وفارق مالو قالت لوليها زوّجنى ممن شئت حيث جاز له تزويجها من غير كفء بأن المقصود هنا حفظ المال وحسن التصرف فيه وغير الأمين لايتأتى منه ذلك ، وثم مجرد صفة كمال هي الكفاءة ، وقد يتسامح بتركها بل قد يكون غير الكفء أصلح (ولو وكل) الوكيل (أمينا) فى شيء من الصورتين المتقدمتين (ففسق لم يملك الوكيل عزله فى الأصح ، والله أعلم) لأنه أذن فى التوكيل دون العزل . والثانى نعم لأن الإذن فى التوكيل يقتضى توكيل الأمناء فإذا فسق لم يجز استعماله فيجوز عزله .

فصل فى بقية من أحكام الوكالة أيضا

وهى مايجب على الوكيل عند التقييد له بغير الأجل ومخالفته لما أذن له فيه وكون يده يد أمانة وتعلق أحكام العقد به (قال بع لشخص معين أو فى زمن) معين (أو مكان معين تعين) يعنى بتعيينه فى الجميع نحو لزيد فى يوم الجمعة فى سوق كذا ، كما قاله الشارح مريدا به أن قول المصنف معين وما بعده حكاية للفظ الموكل بالمعنى ،

(قوله لأنه) أى الموكل .

(فصل) فى بقية من أحكام الوكالة

(قوله ومخالفته) عطف على قوله ما يجب بتقدير مضاف ، والأصل وحكم مخالفته فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه لأن المخالفة ليست من الأحكام (قوله قال بع) ومثل البيع غيره من سائر العقود كالنكاح والطلاق (قوله لشخص) ظاهره أنه يبيع منه ويمتنع البيع من غيره وإن لم يدفع وهو إلا ثمن المثل وإن رغب غيره بزيادة عن ثمن المثل لأنه لا عبرة بهذه الزيادة لامتناع البيع من الراغب بها فهى كالعدم ، وينبغى أن محل التعين إذا لم تدل القرينة على عدم إرادة التقييد به وأنه لو كان لو لم يبع من غيره نهب المبيع وفات على المالك جاز البيع من غيره للقطع برضا المالك بذلك ، وأن المراد التقييد به فى غير مثل هذه الحالة . فإن قلت : قياس ذلك أن الشخص لو لم يأذن فى بيع ماله لأحد فرأى شخص أنه لو لم يبعه بغير إذنه نهب وفات على مالكه أنه يجوز بيعه . قلت : فيه نظر ، والفرق واضح لأنه هنا إذن فى البيع فى الجملة بخلافه هناك فإنه لا إذن مطلقا اهـ سم على حج . أقول : وينبغى أن محل المنع إذا لم يغلب على ظنه رضا مالكه بأنه يبيعه وإلا فلا وجه للمنع ، وقد قيل بمثله فى عدم صحة بيع الفضولى وغاية الأمر أن هذا منه وفرضه فى الشخص المعين ليس قيدا بل مثله المكان المعين إذا خرج عن الأهلية ففيه التفصيل المذكور فيجوز له البيع فى غيره حيث خيف عليه النهب أو التلف لو لم يبعه فى غيره ، أما لو خرج السوق المعين عن الصلاحية مع بقاء الأمن فى البلد وعدم الخوف على الموكل فيه فلا يجوز بيعه فى غير المكان المعين .

(فصل) فى بقية من أحكام الوكالة

(قوله يعنى بتعيينه فى الجميع الخ) هذا إنما قاله الشارح الجلال عقب قول المصنف معين ، فمراده به تفسير المراد من قول المصنف معين : أى إن مراد المصنف من تعيين الموكل الذى عبر به عنه بمعين أن يقول الموكل لزيد فى يوم الجمعة فى سوق كذا فنحو فى كلامه مفعول ليعنى (قوله مريدا به أن قول المصنف معين وما بعده) الصواب إسقاط لفظ وما بعده ، وعذره أنه شرح كلام الجلال بكلام الشهاب حج ، والشهاب المذكور إنما قال هذا الذى ذكره الشارح عقب قول المصنف لشخص معين وأحال عليه مابعده كما يعلم بمراجعة صنيعه

إذ الموكل لايقول ذلك بل من فلان وهذا واضح ، ووجه تعين الأول أنه قد يكون له غرض فى تخصيصه كطيب ماله وإن لم يكن له غرض أصلا عملا بإذنه ، فلو باع من وكيله لم يصح سواء أتقدم الإيجاب أم القبول ولم يصرح بالسفارة أم لا كما شمله كلامهم خلافا لابن الرفعة ، وبحث البلقينى أنه لو قال بع من وكيل زيد : أى لزيد فباع من زيد لم يصح أيضا ، وهو ظاهر حيث كان الوكيل أسهل منه أو أرفق ، ولو مات زيد بطلت الوكالة كما صرح به الماوردى ، بخلاف مالو امتنع من الشراء إذ تجوز رغبته فيه بعد ذلك ، والأوجه أنه لو قال بع هذا من أيتام زيد ونحو ذلك حمل على البيع لوليهم ، ولا نقول بفساد التوكيل أصلا عملا بإذنه ، فلو باع من وكيله لم يصح : نعم لو دلت قرينة على إرادة الربح وأنه لاغرض له فى التعيين سواه لكون المعين يرغب فى تلك السلعة كقول التاجر لغلامه بع هذا على السلطان فالمتجه كما قاله الزركشى جواز البيع من غير المعين ، واعترض بأنه لرغبته فيه قد يزيده فى الثمن وهذا غرض صحيح ، وقد يقال إنما يأتى أصل البحث على الوجه الآتى فى المكان مالم يفرق بكون

[فرع] قال ع : لو قال أنفق هذه الدراهم على أهلى فى رمضان فأنفقها فى غيره ضمن اهـ سم على منهج (قوله ووجه تعين الأول) هو قوله قال بع لشخص ولو امتنع المعين من الشراء لم يجز بيعه لغيره بل يراجع الموكل كما يصرح به قوله بعد ولومات زيد بطلت الوكالة الخ ،وينبغى أن محله مالم يغلب على الظن أنه لم يرده بخصوصه بل لسهولة البيع منه بالنسبة لغيره (قوله فلو باع من وكيله) أى أو عبده وفاقا لمر لأنه يتعذر إثبات إذنه لعبده وتتعلق العهدة بالعبد وقد لايكون غرضه ذلك كما قيل بمثله فى امتناع البيع من الوكيل اهـ سم على منهج (قوله لم يصح) وينبغى أن محل البطلان إن لم يكن وكيله مثله أو أرفق منه أخذا مما ذكره فيما لو قال بع من وكيل زيد فباع من زيد لكن يرد عليه ماقيل فى عدم صحة البيع من عبده إلا أن يفرق بينهما بأن عدم ثبوت الإذن للعبد يؤدى إلى تأخر المطالبة إلى العتق واليسار وقد لايتفق ذلك (قوله ولم يصرح) راجع لقوله القبول (قوله أى لزيد) أى دون نفس الوكيل (قوله بطلت الوكالة) أى بخلاف مالو جن أو أغمى أو حجر عليه فلا تبطل فيما يظهر لجواز زوال المانع عن زيد فيبيع له الوكيل بعد الزوال ولأن المقصود وصوله لزيد وزيد باق ، نعم لو لم تدل قرينة على إرادة زيد وإنما دلت على إرادة البيع من وكيل زيد بصفة الوكالة احتمل أن يقال بالبطلان لأن وكالة زيد بطلت بجنون زيد وإن قل واحتمل بقاء الوكالة هنا لاحتمال إفاقة زيد بعد وتجديده الوكالة ، وينبغى له مراجعة الموكل وينبغى أيضا أن محل عدم البطلان ما إذا كان الزمن المعين باقيا ، فلو دام الجنون مثلا إلى مضى الزمن المعين انعزل (قوله ولا نقول بفساد التوكيل) وعليه فهل يصح البيع من الأيتام لو بلغوا رشداء ؟ فيه نظر ، وتتجه الصحة لأنه إنما انصرف للولى للضرورة فإذا كملوا جاز البيع منهم لزوال السبب الصارف اهـ سم على حج . وظاهره وإن كان الولى أسهل فى المعاملة منهم وهو ظاهر ، ويفرق بينه وبين ما لو قال بع من وكيل زيد فباع من زيد حيث قيل بالبطلان إذا كان الوكيل أسهل بأنه لا ضرورة ثم إلى البيع من الموكل فعدوله عن الوكيل السهل إلى الموكل مع إمكانه تقصير ، بخلاف ماهنا فإنه تعذر البيع للولى بعد رشد المولى عليه (قوله واعترض بأنه) أى المعين (قوله إنما يأتى أصل) وكأنه إنما زاد لفظ الأصل لئلا يسبق الذهن إلى قوله واعترض الخ (قوله البحث) هو قوله فالمتجه

(قوله خلافا لابن الرفعة) أى فى تقييده البطلان بما إذا تقدم الإيجاب أو القبول ولم يصرح بالسفارة : أى بخلاف ما إذا تقدم أحدهما وصرح بالسفارة فى المتقدم فإنه يصح عنده (قوله نعم الخ) استدراك على أصل المسئلة (قوله فالمتجه كما قاله الزركشى الخ) كان المناسب حيث هو ضعيف عنده كما سيأتى له أن يقول كما قال الزركشى

التعيين ثم لم يعارضه مايلغيه وهنا عارضته القرينة الملغية له ، لولا أن ذلك المعين قد يزيد على ثمن مثله وذلك موافق لغرضه وهو زيادة الربح ، فاتضح أن تعيينه لاينافى غرضه بل يوافقه خلافا للأذرعى . ووجه الثانى أن الحاجة قد تدعو للبيع فيه خاصة فلا يجوز قبله ولا بعده ولو فى الطلاق كما صرح به فى الروضة فى كتاب الطلاق نقلا عن البوشنجى ، ومثله فى ذلك العتق ، ومن فرق بينه وبين الطلاق بأنه يختلف باختلاف الأوقات فى الثواب فقد وهم بل قد يكون له غرض ظاهر فى طلاقها فى وقت مخصوص ، بل الطلاق أولى لحرمته زمن البدعة بخلاف العتق ، ولو قال يوم الجمعة أو العيد مثلا تعين كما بحثه الأسنوى وغيره أول جمعة وعيد يلقاه كما لو وكله ليشترى له جمدا فى الصيف فجاء الشتاء قبل الشراء لم يكن له شراؤه فى الصيف الآتى كما قاله البغوى وليلة اليوم مثله إن استوى الراغبون فيهما ومن ثم قال القاضى : لو باع : أى فيما إذا لم يعين زمنا ليلا والراغبون نهارا أكثر لم يصح . ووجه الثالث أنه قد يقصد إخفاءه وإن لم يكن نقده أجود ولا الراغبون فيه أكثر . نعم لو قدر له الثمن ولم ينهه عن غيره صح البيع فى غيره ؛ قال القاضى اتفاقا ، وردّ السبكى له باحتماله زيادة راغب مردود بأن المانع تحققها لاتوهمها

كما قاله الزركشى الخ (قوله فاتضح أن تعيينه) أى الشخص (قوله لاينافى غرضه) أى الموكل (قوله ولو فى الطلاق) غاية لتعين الزمان الذى ذكره فى التوكيل لالقوله قد تدعو للبيع فيه الخ لأن الطلاق ليس غاية للبيع (قوله ومثله فى ذلك العتق) وينبغى أن مثلهما غيرهما من بقية التصرفات والكلام كله حيث لاقرينة أما مع وجودها فالمدار على ما دلت عليه (قوله ومن فرق بينه) أى العتق (قوله وبين الطلاق) يتعين الزمن فى العتق دون الطلاق (قوله ولو قال يوم الجمعة) أفهم قولهم الجمعة أو العيد أن يوم جمعة أو عيد بخلافه وهو محتمل إلا أن يقال الملحظ فيهما واحد وهو صدق المنصوص عليه بأول ما تلقاه فهو محقق ومابعده مشكوك فيه فيتعين الأول هنا أيضا اهـ حج . وقول حج بخلافه : أى فلا يتقيد بالجمعة التى تليه (قوله أوّل جمعة وعيد) دل على أنه قال ذلك قبل دخول يوم الجمعة ويوم العيد وبقى مالو قاله فى يوم الجمعة أو العيد فهل يحمل على بقيته أو على أول جمعة أو عيد تلقاه بعد ذلك اليوم فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن عدوله عن اليوم إلى يوم الجمعة أو العيد قرينة على عدم إرادته بقية اليوم (قوله وعيد يلقاه) المراد بالعيد مايسمى عيدا شرعا كالفطر والأضحى ، وينبغى أن مثل ذلك مالو اعتاد قوم تسمية أيام فيما بينهم بالعيد كالنصارى إذا وقع ذلك فيما بينهم فيحمل على أول عيد من أعيادهم يكون بعد يوم الشراء مالم يصرحوا بخلافه أو تدل القرينة عليه (قوله جمدا فى الصيف) هل صورة ذلك أن يقول الموكل اشتر لى جمدا فى الصيف فيحمل على صيف يليه أو ماهو فيه كما هو مقتضى التشبيه ، أو يكفى وقوع الوكالة فى الصيف وإن لم يذكره عملا بالقرينة ؟ فيه نظر ولا يبعد الثانى (قوله نعم لو قدر له الثمن) لم يستثنوا نظير هذا فى تعيين الزمن فليحرر الفرق وقد يفرّق بشدة تفاوت الغرض بالتقدم والتأخر فى إزالة الملك سم على حج . وإذا تأملت ماتقدم من قوله والحاصل الخ علمت أنه لافرق بين الثلاثة (قوله صح البيع فى غيره) قد يشكل صحة البيع مع ماذكر بما علل به من أنه قد يقصد إخفاؤه ومجرد البيع بالثمن المذكور قد يفوت معه الإخفاء (قوله قال القاضى اتفاقا) أى ولو قبل مضى

فالمتجه الخ ، ثم إن فى نسبة ماذكره للزركشى مخالفة لما فى كلام غيره من نسبته للأذرعى وهو الذى يوافقه قوله الآتى خلافا للأذرعى ، فلعله فى كلام الزركشى أيضا كما هو الغالب من تبعيته لشيخه الأذرعى ، لكن كان المناسب أن يذكر الشارح الزركشى فى الموضعين أو الأذرعى فى الموضعين (قوله ولو فى الطلاق) فى هذه الغاية تهافت لايخفى (قوله ومثله فى ذلك العتق) الأولى إسقاطه لأن التعيين فيه محل وفاق وإنما الخلاف فى الطلاق

(وفى المكان وجه) أنه لايتعين (إذا لم يتعلق به غرض) صحيح للموكل ولم ينهه عن غيره لأن تعيينه حينئذ اتفاق ، وانتصر له جمع كالسبكي وغيره ، ومع جواز النقل لغيره يضمن ويفارق مالو قال للمودع احفظه فى هذا فنقله لمثله حيث لاضمان عليه على ما يأتى بأن المدار ثم على الحفظ ومثله فيه بمنزلته من كل وجه فلا تعدى بوجه وهنا على رعاية غرض الموكل فقد لايظهر له غرض ويكون له غرض خفى فاقتضت مخالفته الضمان ، ولو قال اشتر لى عبد فلان وكان فلان قد باعه فللوكيل شراؤه من المشترى ، ولو قال طلق زوجتى ثم طلقها الزوج فللوكيل طلاقها أيضا فى العدة ، قاله البغوى فى فتاويه (وإن قال) بع (بمائة) مثلا (لم يبع بأقل) منها ولو بتافه لفوات اسم المائة المنصوص عليها له ، وبه فارق البيع بالغبن اليسير لأنه لايمنع كونه بثمن المثل (وله) بل عليه (أن يزيد) عليها ولو من غير جنسها كما يأتى لأن المفهوم من تقديرها عرفا امتناع النقص عنها فقط وليس له إبدال صفتها كمكسرة بصحاح وفضة بذهب (إلا أن يصرح بالنهى) عن الزيادة فتمتنع إذ النطق أبطل حكم العرف ، وكذا لو عين الشخص كبع بكذا من زيد فليس له الزيادة لأن تعيينه دال على محاباته . نعم لو قال بعه منه بمائة وهو

المدة التى يتأتى فيها الوصول إلى المكان المأذون فيه لأن الزمان إنما اعتبر تبعا للمكان لتوقفه عليه فلما سقط اعتبار المتبوع سقط اعتبار التابع اه سم على حج (قوله ومع جواز النقل) أى على هذا الوجه المرجوح ، وعبارة سم على حج هذا فرعه الأسنوى على هذا الوجه ، ويمكن تفريعه على الأول أيضا فيما إذا قدر الثمن ولم ينهه عن البيع فى غيره كما هو قضية كلام الشيخين ، لكن عبر الشارح فى شرح الإرشاد بقوله ومتى نقله لغير ماوجب عليه البيع فيه ضمن الثمن والمثمن اه . فأفهم عدم الضمان حيث جاز النقل إذ لايتعين حينئذ البيع فيه وهو متجه معنى اه (قوله ويفارق الخ) أى على هذا الوجه أيضا (قوله من كل وجه) قد يكون شرطه الحفظ فى المكان الخاص لمعنى خفى علينا اه سم على حج . وقد يقال اشتمال المكان الموصوف بما ذكر على معنى خفى بعيد ، بخلاف الأسواق فإن اختلافها فى أنفسها يكثر فربما علم الموكل فى بعضها معنى خفى على الوكيل (قوله ولو قال اشتر لى عبد فلان) مثال فمثل العبد غيره بالأولى (قوله فللوكيل طلاقها الخ) أى على غير عوض كما قدمناه من نقل سم عن مر لأن الموكل قد يريد تأديبها ومراجعتها فلا يتمكن منها إذا فعل الوكيل غير ماذكر بأن طلقها بعوض ، وعلى هذا فيحتمل أنه لو كان الطلاق الذى أوقعه الزوج ثانيا امتنع على الوكيل أن يطلق الثالثة لما يترتب عليه من لحوق الضرر بالزوج وهو ظاهر ، ، وكتب أيضا قوله فللوكيل طلاقها الخ وحيث طلق الوكيل وقد أطلق الموكل التوكيل فلم يقيده بعدد هل يمتنع على الوكيل الزيادة على الواحدة أولا ؟ فيه نظر ، وينبغى امتناع الزيادة لأن الإذن فى الواحدة محقق وما زاد مشكوك فيه والأصل عدمه ، ويحتمل جواز ذلك لصدق لفظ الموكل به فليراجع ، ثم نقل فى الدرس عن الشيخ حمدان الجزم بما قلناه والتعليل بما عللنا به وبقى مالو طلق ثلاثا هل يلغو ذلك أم تقع واحدة ؟ فيه نظر ، وعبارة حج فى الطلاق فى فصل مر بإنسان نائم نصها : ومن ثم قال لرجل طلق زوجتى وأطلق فطلق الوكيل ثلاثا لم يقع إلا واحدة (قوله بل عليه) ينبغى أن هذا بخلاف مالو قال له الموكل بع بكم شئت حيث يجوز له البيع بالغبن وإن تيسر خلافه لأنه جعل القدر إلى خيرته رم اه سم على حج . أقول : وقد يتوقف فيه ويقال بعدم الفرق كما تقدم عنه أيضا (قوله وفضة بذهب) قياس مامر أن محل الامتناع حيث لم تقم قرينة على أنه إنما عين الصفة لتيسرها لا لعدم

(قوله بل عليه) أى إذا كان هناك من يرغب بالأكثر

يساوى خمسين لم تمتنع الزيادة كما قاله الغزالى وإنما جاز لوكيله فى خلع زوجته بمائة مثلا الزيادة لأنه غالبا يقع عن شقاق فلا محاباة فيه ، وألحق به مالو وكله فى العفو عن القود بنصف فعفى بالدية حيث صح بها وقد ينظر فيه بأنه لاقرينة هنا تنافى المحاباة ، بخلاف الخلع وقرينة قتله لمورثه يبطلها سماحة بالعفو عنه لاسيما مع نصه على النقص عنها ، ولا ينافى ماتقرر أنه لو وكله أن يشترى له عبد زيد بمائة جاز له شراؤه بأقل . ولم يحمل على ذلك لأن البيع ممكن من المعين وغيره فتمحض التعيين للمحاباة ، والشراء لتلك العين غير ممكن إلا من مالكها فضعف احتمال ذلك القصد وظهر قصد التعريف ، ولو أمره ببيع الرقيق مثلا بمائة فباعه بها وثوب أو دينار صح عند جواز البيع بالزيادة لأنه حصل غرضه وزاد خيرا ، ولو قال اشتر بمائة لابخمسين جاز الشراء بالمائة وبما بينها وبين الخمسين لا بما عدا ذلك ، أو بع بمائة لا بمائة وخمسين لم يجز النقص عن المائة ولا استكمال المائة والخمسين ولا الزيادة عليهما للنهى عن ذلك ويجوز ماعداه ، أو لا تبع أو لاتشتر بأكثر من مائة مثلا وباع بثمن المثل وهو مائة أو ما دونها لا أكثر جاز لإتيانه بالمأمور به ، بخلاف ما إذا اشترى أو باع بأكثر من مائة للنهى عنه (ولو قال اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها) بصفة بأن بين نوعها وغيره مما مر فى شراء العبد وإلا لم يصح التوكيل ، فإن أريد بالوصف زيادة على مامر ثم كان شرطا لوجوب رعاية الوكيل له فى الشراء لا لصحة التوكيل حتى يبطل بعقده (فاشترى به

إرادة خلافها سيما إذا كان غيرها أنفع منها (قوله كما قاله الغزالى) نقل سم على منهج عن الشارح امتناع الزيادة فى هذه أيضا ، ويوافقه قول حج . وقد يجاب بأنه يحابيه بعدم الزيادة على المائة وإن لم يحابه محاباة كاملة اهـ . وقد نقل هذا ع عن ابن الرفعة فيجوز أنه تابع له (قوله وإنما جاز لوكيله فى خلع زوجته) أى مع أنه نظير بعه لزيد بمائة اهـ سم (قوله وألحق به الخ) معتمد (قوله وقد ينظر فيه) أى الإلحاق (قوله وقرينة قتله لمورثه يبطلها الخ) ممنوع اهـ سم على حج : أى لجواز ظنه عدم قدرة المجنى عليه على الزيادة على النصف أو عدم الرضا بالزيادة (قوله ولا ينافى ماتقرر) أى فى كلام المصنف (قوله ولم يحمل على ذلك) أى المحاباة (قوله بمائة) هذا علم من قوله قبل وله بل عليه أن يزيد عليها ولو من غير جنسها (قوله صح عند جواز البيع بالزيادة) أى بأن لم يعين له المشترى ولم ينهه عن الزيادة (قوله لا بما عدا ذلك) أى من الشراء بخمسين والزيادة على المائة مالم تدل القرينة على جواز الزيادة أيضا (قوله ولااستكمال المائة والخمسين) أى فيبيع بما دونها وإن كان ما نقص منها تافها (قوله مما مر فى شراء العبد) أى من ذكر نوعه وصنفه إن اختلف النوع اختلافا ظاهرا وصفته إن اختلف بها الغرض

(قوله كون المساوية هى المشتراة الخ [1]) عبارة التحفة : ويظهر أنه لابد من شرائهما فى عقد واحد ، أو تكون المساوية هى المشتراة أولا انتهت . فلعل لفظ أولاساقط من نسخ الشارح عقب قوله هى المشتراة ، لكن الظاهر أن الشهاب حج إنما قيد بذلك بالنسبة لوقوعهما للموكل : أى فإن كانت غير المساوية هى المشتراة أولا فى حالة تعدد العقد لم تقع للموكل ، ثم إن كانت بالعين لم تصح وإلا وقعت للوكيل كما هو ظاهر ، ولا يخفى وقوع الثانية للموكل ، ويحتمل أن مراد الشارح أن المساوية تقع للموكل مطلقا فى حالة تعدد العقد تقدمت أو تأخرت فيكون قوله هى المشتراة : أى للموكل : ويكون قوله فتقع المساوية للموكل فقط إيضاحا لما قبله . وفى نسخة من نسخ الشارح مانصه : وأما حالة تعدد العقد فتقع المساوية للموكل فقط انتهت . وهى تعين الاحتمال المذكور فليحرر .

---

(١) (قول المحشى كون المساوية هى المشتراة الخ) ليس موجودا بنسخ الشرح التى بأيدينا اهـ مصححه .

شاتين بالصفة) ومثل ذلك ما لو اشترى شاة كذلك وثوبا (فإن لم تساو واحدة) منهما (دينارا لم يصح الشراء للموكل) وإن زادت قيمتهما جميعا على الدينار لانتفاء تحصيل غرضه ، ثم إن وقع بعين الدينار بطل من أصله أو فى الذمة ونوى الموكل ، وكذا إن سماه خلافا لما وقع للأذرعى هنا وقع للوكيل (وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة) أى صحة الشراء (وحصول الملك فيهما للموكل) لخبر عروة المار فى بيع الفضولى ولأنه حصل غرضه وزاد خيرا وإن لم توجد الصفة التى ذكرها فى الزائد فيما يظهر وإن ساوته إحداهما فقط فكذلك ، ولا ترد عليه لأن الخلاف الذى فيها طرق لا أقوال ، والأوجه اعتبار وقوع شرائهما فى عقد واحد تقدمت فى اللفظ أو تأخرت ، وأما حالة تعدد العقد فتقع المساوية للموكل فقط . والثانى يقول إن اشترى فى الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاة بإذن وأخرى بغير إذن فيبطل فى واحدة ويصح فى أخرى عملا بتفريق الصفقة (ولو أمره بالشراء بمعين) أى بعين مال كما فى المحرر كاشتر بعين هذا (فاشترى فى الذمة لم يقع للموكل) لمخالفته إذ أمره بعقد ينفسخ بتلف المدفوع حتى لايطالب الموكل

(قوله وقع للوكيل) أى ولغت التسمية (قوله لخبر عروة) قد يشكل بما مر له ثم من الجواب عن تمسك القديم به من قوله . وأجيب عنه بأنه محمول على أن عروة كان وكيلا مطلقا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل أنه باع الشاة وسلمها اه . ووجه الإشكال أنه حيث كان وكيلا مطلقا كان مأذونا له فى شراء الثانية وغيرها فلا يتم الاستدلال به على ما الكلام فيه لأنه مفروض فى التوكيل فى شراء شاة فقط (قوله فى بيع الفضولى) لعله إنما أحال على بيع الفضولى مع أنه تقدم فى أول الوكالة لكونه ذكره ثم بطوله ، ثم راجعته فوجدت عبارته واستدل له : أى القديم بظاهر خبر عروة اه . ولعله إنما أحال عليه لتقدمه لا لما ذكر (قوله فكذلك) أى فالأظهر الصحة (قوله تقدمت) أى غير المساوية (قوله فتقع المساوية) تقدمت أو تأخرت . وأما الثانية فإن اشتراها بعين مال الوكيل لم يصح ، أو فى الذمة وقع للوكيل وإن سمى الموكل هذا إن ساوته إحداهما دون الأخرى ، فإن ساوته كل منهما وقعت الأولى للموكل دون الثانية . ثم رأيت مايقتضى ذلك فى سم على حج نقلا ، عن الكنز للبكرى ، وأنه نقله عن الزركشى وعبارته : ولو اشترى الشاتين صفقتين والأولى تساوى دينارا فإن للموكل الأولى فقط . قاله الزركشى إه . وقضية قوله والأولى تساوى دينارا أنه لافرق فى ذلك بين مساواة الثانية دينارا وعدمه وقع السؤال عن شخص اشترى بعين مال الموكل ثم ادعى وقت الحساب أنه اشتراه لنفسه وأنه تعدى بدفع مال الموكل فهل البيع صحيح وعليه فهل هو للوكيل أو للموكل أو الشراء باطل ؟ والجواب عنه أنه إن كان اشترى الوكيل بعين مال الموكل بأن قال اشتريت هذا بهذا وسمى نفسه فالعقد باطل ، أما ماجرت به العادة بين المتعاقدين من أنه يقول اشتريت هذا بكذا ولم يذكر عينا ولا ذمة فليس شراء بالعين بل فى الذمة فيقع العقد فيه للوكيل ، ثم إن وقع مال الموكل عما فى ذمته لزمه بدله وهو مثله إن كان مثليا وأقصى قيمة من وقت الدفع إلى وقت تلفه إن كان متقوما ، وللموكل مطالبة البائع للوكيل بما قبضه منه إن كان باقيا وببدله المذكور إن كان تالفا ، وقرار الضمان عليه والحال ماذكر (قوله كاشتر بعين هذا) وحينئذ فيتعين على الوكيل الشراء بتلك العين ، فلو اشترى فى الذمة لم يقع للموكل ، بخلاف مالو حذف لفظة عين كأن قال اشتر بهذا الدينار أو اشتر لى بدينار أو اشتر كذا فإنه يتخير بين الشراء بعين الدينار المدفوع إليه والشراء فى الذمة ، وعلى كل فيقع الشراء للموكل فإن نقد الوكيل دينار الموكل فظاهر ، وإن نقده من مال نفسه برئ الموكل من الثمن ولا رجوع للوكيل عليه ويلزمه رد ما أخذه من الموكل إليه ، وهذا ظاهر إن نقد بعد مفارقة المجلس ، أما لو اشترى فى الذمة لموكله ودفع الثمن من ماله قبل مفارقة المجلس فهل الحكم كذلك

بغيره فأتى بضده للوكيل بل وإن صرح بالسفارة (وكذا عكسه فى الأصح) بأن قال : اشتر فى الذمة وسلم هذا فى ثمنه فاشترى بعينه فإنه لايقع للموكل وكذا لايقع للوكيل أيضا لأنه أمره بعقد لاينفسخ بتلف المقابل فخالفه وقد يقصد تحصيله بكل حال فلا نظر هنا لكونه لم يلزم ذمته بشيء . والثانى يقع له لأنه زاد خيرا حيث لم يلزم ذمته شيئا ، ولودفع له شيئا وقال اشتر كذا تخير بين الشراء بعينه وفى الذمة لتناول الشراء لهما ، أو اشتر بهذا تخير أيضا على المعتمد خلافا للإمام وأبى على الطبرى (ومتى خالف) الوكيل (الموكل فى بيع ماله) أى الموكل بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه (أو) فى (الشراء بعينه) كأن أمره بشراء ثوب بهذا فاشتراه بغيره : أى بعينه من مال موكله أو بشراء فى الذمة فاشترى بالعين (فتصرفه باطل) لإنتفاء إذن الموكل فيه وكذا لو أضاف لذمة الموكل مخالفا له (ولو اشترى فى الذمة) مع المخالفة كأن أمره بشراء عبد فى الذمة بخمسة فزاد أو بالشراء بعين هذا فاشترى فى الذمة (ولم يسم الموكل وقع) الشراء (للوكيل) دون الموكل وإن نواه لأنه المخاطب والنية غير مؤثرة مع مخالفة الإذن (وإن سماه فقال البائع بعتك فقال اشتريت لفلان) أى موكله (فكذا) يقع للوكيل (فى الأصح) وتلغو تسمية الموكل فى القبول لأنها غير معتبرة فى الصحة . فإذا وقعت مخالفة للإذن من غير عذر لغت ، والثانى يبطل العقد لتصريحه بإضافته للموكل وقد امتنع إيقاعه له فألغى ، وقضية كلام المصنف عدم وجوب تسمية الموكل فى العقد وهو كذلك . نعم قد تجب تسميته وإلا فيقع العقد للوكيل كأن وكله فى قبول نحو هبة وعارية وغيرهما مما لا عوض

أو يقع العقد للوكيل وكأنه سمى مادفعه فى العقد لقولهم الواقع فى المجلس كالواقع فى العقد ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لصحة العقد بمجرد الصيغة وحصول الملك للموكل بذلك وقولهم إن الواقع فى المجلس كالواقع فى صلب العقد غير مطرد (قوله بل للوكيل) أى بل يقع للوكيل (قوله وإن) غاية (قوله مخالفا له) أى بأن قال له اشتر بالعين أو فى ذمتك فأضاف لذمة الموكل ، وقضيته أنه لو قال اشتر فى الذمة وأطلق لم يمتنع الشراء فى دمة الموكل لكن فى حاشية الزيادى مايقتضى خلافه حيث قال قوله فى ذمته أولى من تعبير أصله بالذمة لتنصيصه على أن المراد ذمة الوكيل لأنه لو اشترى فى ذمة الوكيل لم يصح العقد اهـ . وقد يقال لا مخالفة بينهما لأن ماذكره الزيادى مفروض فيما لو خالف فى الشراء فى الذمة بأن قال اشتر بخمسة فاشترى بعشرة فى ذمة الموكل فلا سبيل إلى وقوعه للوكيل لتنصيصه على ذمة الموكل ولا للموكل بالعشرة للمخالفة فتعين البطلان (قوله وتلغو تسمية الموكل) ظاهره وإن صدقه البائع فى أنه اشترى لموكله ، وفى حج أنه حيث صدقه وحلف الموكل على نفى الوكالة بطل العقد وأقره سم (قوله قد تجب تسميته) وقضية قوله تجب تسميته أنه لوقال وقفت عليك أو أوصيت لك فقال قبلت لموكلى وقع العقد للموكل ونظر فيه سم على حج حيث قال بعد ماذكر وهو بعيد : إذ كيف ينصرف إلى الموكل مع قوله وقفت عليك أو أوصيت لك والقياس ماقدمناه فى قولنا شمل ذلك مالو نوى الخ صحة الوقف والوصية على الوكيل .

[فرع] قال فى الروض وشرحه : وإن أعطى وكيله شيئا ليتصدق به فنوى التصدق عن نفسه وقع للآمر ولغت النية اهـ . فعلم أنه مع المخالفة قد يقع عن الموكل اهـ سم على منهج (قوله وإلا فيقع العقد الخ) شمل ذلك مالو نوى الواهب الوكيل والوكيل الموكل فتلغو نية الموكل ويقع العقد للوكيل وعليه فيفرق بين نية الوكيل والموكل وتسميته إياه بأن التسمية أقوى من النية (قوله كأن وكله فى قبول نحو هبة) أى ولم يصرح الواهب بكونها للوكيل

(قوله وكذا لو أضاف لذمة الموكل) أى بخلاف ما إذا أضافه للموكل ولم يذكر لفظ الذمة كما سيأتى فى المتن (قوله لأنها غير معتبرة فى الصحة الخ) قد يؤخذ من ذلك صحة ما يقع كثيرا من إجارة الناظر على الوقف حصة منه

فيه ، ولا تجزى النية فى وقوع العقد للموكل . إذ الواهب ونحوه قد يسمح بالتبرع له دون غيره . نعم لو نواه الواهب أيضا وقع عنه كما بحثه الأذرعى وغيره ، وهو مأخوذ من تعليل الشيخين وغيرهما بما مرّ من أن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب ، وكأن تضمن عقد البيع العتاقة كأن وكل قنا فى شراء نفسه من سيده أو عكسه لأن صرف العقد عن موضوعه بالذمة متعذر ، ولأن المالك قد لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل قبض الثمن (ولو قال بعت هذا (موكلك زيدا فقال اشتريت له فالمذهب بطلانه) ولو وافق الإذن وحذف له لانتفاء خطاب العاقد ، وإنما كان ذكره متعينا فى النكاح لأن الوكيل فيه سفير محض إذ لا يمكن وقوعه له بحال ، فإن قال بعتك لموكلك وقال قبلت له صح جزما كما قاله فى المطلب ، ولم يصرح فى الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب ، ويؤخذ من التعليل أن ذلك فى موافق الإذن (ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل) لنيابته عن موكله فى اليد والتصرف ولأنه عقد إحسان والضمان منفر عنه (فإن تعدى ضمن) كسائر الأمناء ، ومن التعدّى أن يضيع المال منه ولا يعرف كيف ضاع أو وضعه بمحل ثم نسيه ، وهل يضمن بتأخير ما وكل فى بيعه وجهان أوجههما عدمه إن لم يكن مما يسرع فساده وأخره مع علمه بالحال

بأن قال وهبتك وأطلق أو وهبتك لموكلك ، أما لو قال وهبتك لنفسك أو وهبتك ونوى كون الهبة للوكيل دون غيره فقال الوكيل قبلت لموكلى فينبغى بطلان الهبة لأن الوكيل لم يقبل ما أوجبه الموكل ، ثم رأيت سم على منهج نقلا عن الشارح اعتماد ماجنحنا إليه (قوله ولا تجزى النية) أى من الوكيل (قوله نعم لو نواه) أى الموكل (قوله أيضا) أى مع نية الوكيل (قوله وقع عنه) أى الموكل (قوله فى شراء نفسه) أى لنفسه (قوله أوعكسه) أى بأن وكل القنّ غير مايشتريه من سيده اهـ سم على منهج (قوله لأن صرف العقد) تعليل لقوله وكل قنّ الخ اهـ سم على حج (قوله ولأن المالك) تعليل لقوله أو عكسه اهـ سم على حج (قوله بمقابل المذهب) عبارة المحلى بعد ماذكر فى الكفاية حكاية وجهين فى المسئلة (قوله فإن تعدى الخ) أى كأن ركب الدابة أو لبس الثوب اهـ محلى . ومن ذلك مايقع كثيرا بمصرنا من لبس الدلالين للأمتعة التى تدفع إليهم وركوب الدوابّ أيضا التى تدفع إليهم لبيعها مالم يأذن فى ذلك أو تجرى به العادة ويعلم الدافع بجريان العادة بذلك فلا يكون تعديا لكن يكون عارية فإن تلف بالاستعمال المأذون فيه حقيقة أو حكما بأن جرت به الغادة على مامرّ فلا ضمان وإلا ضمن بقيمته وقت التلف (قوله ضمن) أى ضمان الغصوب (قوله ثم نسيه) أى أو نسى من عامله (قوله أوجههما عدمه) أى عدم الضمان ثم إن كان الإذن له فى البيع فى يوم معين وفات راجعه فى البيع ثانيا وإلا باعه بالإذن السابق ، وكتب أيضا قوله أوجههما عدمه وعليه فلو سرق أو تلف لاضمان عليه وإن أخر البيع بلا عذر (قوله مع علمه بالحال)

ويضيفها لبعض المستحقين وتكون الإجارة لضرورة العمارة بأن يقول أجرت حصة فلان وهى كذا لضرورة العمارة فتصح الإجارة وتلغو التسمية المذكورة وتقع الإجارة شائعة على الجميع لهذه العلة فتأمل (قوله قد يسمح بالتبرع له) أى للوكيل بقرينة ما يأتى (قوله أو عكسه) أى بأن وكل القنّ غيره ليشترى له نفسه ، وقوله لأن صرف إلى آخره تعليل لقوله كأن وكل قنا الخ ، وقوله لأن المالك الخ تعليل لقوله أو عكسه كما نبه عليه الشهاب سم (قوله ويؤخذ من التعليل أن ذلك فى موافق الإذن) لايناسب قوله السابق ولو وافق الإذن وهو تابع فى السابق للشهاب حج ، وهو إنما ذكره كذلك لأنه لايراعى الخلاف ، وتبع فى اللاحق الشارح الجلال فلم يلتئم الكلام (قوله إن لم يكن مما يسرع فساده الخ) انظر هل المراد ضمانه بالفساد أو بضياعه فى مدة التأخير

من غير عذر (ولا ينعزل) بالتعدى بغير إتلاف الموكل فيه (فى الأصح) لأن الوكالة إذن فى التصرف والأمانة حكم يترتب عليها ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصلها كالرهن. والثانى ينعزل كالمودع ورد بأن الوديعة محض ائتمان، ومحل هذا الوجه إذا تعدى بالفعل، فإن تعدى بالقول كما لو باع بغبن فاحش ولو بسلم لم ينعزل جزما لأنه لم يتعد فيما وكل فيه ونحوه فى الكفاية عن البحر. نعم لو كان وكيلا عن ولىّ أو وصىّ انعزل كما بحثه الأذرعى وغيره كالوصى يفسق إذ لا يجوز إبقاء مال محجور بيد غير عدل وهو محمول على عدم إبقاء المال فى يده. أما بالنسبة إلى عدم بقائه وكيلا فلا لعدم كونه وليا فلا يمتنع عليه الإتيان بالتصرف الموكل فيه، ولا ينافيه مامر من أن الولىّ لا يوكل فى مال المحجور عليه فاسقا لأن ذاك بالنسبة للابتداء، ويغتفر هنا طروّ فسقه إذ يغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء، و يزول ضمانه عما تعدى فيه ببيعه وتسليمه ولا يضمن ثمنه لانتفاء تعديه فيه، فلو رد عليه بعيب مثلا بنفسه أو بالحاكم عاد الضمان مع أن العقد قد يرتفع من حينه على الراجح غير أنا لانقطع النظر عن أصله بالكلية، فلا يشكل بما لو وكل مالك المغصوب غاصبه فى بيعه فباعه فإنه يبرأ ببيعه وإن لم يخرج من يده حتى لو تلف فى يده قبل قبض مشتريه لم يضمنه لوضوح الفرق بينهما وهو قوّة يد الوكيل الذى طرأ تعديه لكونه نائبا عن الموكل فى اليد والتصرف مع كونها يد أمانة فكأنها لم تزل وضعف يد الغاصب لتعديه فليست بيد شرعية فانقطع حكمها بمجرد زوالها، وتقدم أنه لو تعدى بسفره بما وكل فيه وباعه فيه ضمن ثمنه وإن تسلمه وعاد من سفره فيستثنى مما مر، ولو امتنع الوكيل من التخلية بين الموكل والمال بعذر لم يضمن وإلا ضمن كالمودع. ولو قال له بع هذا ببلد كذا واشتر لى بثمنه قنا جاز له إيداعه فى الطريق أو المقصد عند حاكم أمين ثم أمين إذ العمل غير لازم له ولا تغرير منه بل المالك هو المخاطر بماله ومن ثم لو باعه لم يلزمه شراء القنّ ولو اشتراه

أى فإن لم يعلم وأخر فلا ضمان، وقضيته أنه دفع إليه ظرفا فيه شىء لم يعلم هل هو مما يسرع فساده أو لا فأخر ولم ينظر ما فى الظرف عدم الضمان وهو ظاهر (قوله من غير عذر) أى فيضمن ضمان المغصوب لو تلف بنحو السرقة ضمنه لأنه بالتأخير صار كالغاصب لعدم استحقاقها وضع يده عليه بعد فوات الزمن الذى أمكن البيع فيه (قوله ومحل هذا الوجه) هو قوله والثانى ينعزل الخ (قوله ونحوه فى الكفاية) فى نسخة ذكره فى الخ (قوله وهو محمول) هو قوله نعم لوكان وكيلا عن ولى الخ (قوله ولا ينافيه مامر) أى فى شرح قول المصنف ويصح توكيل الولى فى حق الطفل والمجنون الخ من قوله وحيث وكل لا يوكل إلا أمينا (قوله لانتفاء تعديه فيه) أى الثمن (قوله لانقطع النظر عن أصله) أى العقد (قوله فلا يشكل) أى عود الضمان (قوله فباعه) أى الغاصب (قوله حتى لو تلف فى يده) أى الغاصب.

[فرع] لو أرسل إلى بزاز ليأخذ منه ثوبا سوما فتلف فى الطريق ضمنه المرسل لا الرسول اه عب. ويؤخذ منه جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن رجلا أرسل إلى آخر جرة ليأخذ فيها عسلا فملأها ودفعها للرسول ورجع بها فانكسرت منه فى الطريق وهو أن الضمان على المرسل. ومحله فى المسئلتين كما هو واضح حيث تلف الثوب والجرة بلا تقصير من الرسول وإلا فقرار الضمان عليه. وينبغى أن يكون المرسل طريقا فى الضمان (قوله فليست) أى يد الغاصب (قوله وتقدم) أى فى الفصل الذى قبل هذا بعد قول المصنف بغير نقد البلد (قوله وإن تسلمه) أى الثمن (قوله وعاد) ظاهره وإن وصل به إلى المحل الذى كان حقه أن يبيع فيه (قوله فيستثنى مما مرّ) أى فى قوله أو يزول ضمانه (قوله جاز له إيداعه) أى الموكل فى بيعه (قوله ومن ثم لو باعه) أى الوكيل

(قوله نعم لوكان وكيلا عن ولىّ الخ) استدراك على قول المصنف ولا ينعزل (قوله فيستثنى مما مر) أى من عدم ضمان

لم يلزمه رده بل له إيداعه عند من ذكر ، وليس له رد الثمن حيث لاقرينة ظاهرة تدل على رده فيما يظهر لأن المالك لم يأذن فيه ، فإن فعل فهو فى ضمانه إلى وصوله لمالكه (وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر فى الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فى المجلس حيث يشترط) كالربوى والسلم (الوكيل) لأنه العاقد (دون الموكل) فله الفسخ بخيارى المجلس والشرط وإن أجاز الموكل ، بخلاف خيار العيب لا رد للوكيل إذا رضى به الموكل لأنه لدفع الضرر عن المالك وليس منوطا باسم المتعاقدين كما نيط به فى الفسخ بخيار المجلس بخبر « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » وبخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس (وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه) إليه (الموكل) للعرف سواء اشترى بعينه أم فى الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب كما ذكراه فى معاملة العبيد (وإلا) بأن لم يدفعه إليه (فلا) يطالبه (إن كان الثمن معينا) لأنه ليس فى يده وحق البائع مقصور عليه (وإن كان) الثمن (فى الذمة طالبه) به دون الموكل (إن أنكر وكالته أو قال لا أعلمها) لأن الظاهر أنه يشترى لنفسه والعقد وقع معه ومسئلة عدم العلم من زيادته على المحرر (وإن اعترف بها طالبه) به (أيضا فى الأصح) وإن لم يضع يده عليه (كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن) لمباشرته العقد (والموكل كأصيل) لأنه المالك ومن ثم رجع عليه الوكيل إذا غرم . والثانى لايطالب الوكيل بل الموكل فقط لأن العقد وقع له والوكيل

(قوله وليس له رد الثمن) أى فى صورة مالو قال له اشترلى بثمنه كذا الخ (قوله تدل على رده) وليس من القرينة على الرد ارتفاع سعر ما أذن فى شرائه عن العادة فله شراؤه وإن ارتفع سعره وإن لم يشتر فلا يرجع بالثمن بل يودعه ثم (قوله لأن المالك لم يأذن فيه) ويؤخذ من هذا ماذكره سم على منهج من أنه لو قال احمل هذا إلى المكان الفلانى فبعه فحمله ورده صار مضمونا فى حالة الرد فلو حمل ثانيا إليه صح البيع اهـ . وقضيته أنه لافرق فى ذلك بين أن يتيسر له البيع فى المكان فيتركه ثم يرجع به بلا عذر وبين مالو تعذر عليه ذلك لعدم وجود مشتر بثمن المثل أو عروض مانع للوكيل من البيع ، وفيه نظر وينبغى أنه لايضمن حينئذ كأن عدم البيع لمانع لأن العرف قاض فى مثله بالعود به للموكل (قوله حيث يشترط) مفهومه أنه إذا لم يشترط يعتبر الموكل دون الوكيل . وقياس مامر فى جواز قبض الوكيل الثمن الحال جواز قبض المبيع المعين والموصوف لكل من الوكيل وموكله حيث كان حالا ، ثم رأيت الأذرعى صرح بذلك ، وكتب أيضا قوله حيث يشترط : أى التقابض انتهى سم على حج (قوله فلا يطالبه) فى عدم المطالبة نظر حيث أنكر وكالته ، وأن المعين ليس له بل الوجه المطالبة حينئذ وقوله فى المتن إن كان الثمن معينا ظاهره وإن أنكر وكالته بدليل التفصيل فيما بعده وفيه نظر وقوله كما يطالب الموكل قال فى شرح الروض : والظاهر أن له ذلك : أى مطالبة الموكل وإن أمره الموكل بالشراء بعين مادفعه إليه بأن يأخذه من الوكيل ويسلمه للبائع اهـ سم على حج (قوله إن أنكر) أى البائع (قوله ويكون الوكيل كضامن) قال فى شرح الروض : فلا يرجع عليه الوكيل إلا بعد غرمه وبعد إذنه له فى الأداء إن دفع إليه مايشترى به وأمره بتسليمه فى الثمن وإلا فالوكالة تكفى عن الإذن اهـ . وحاصله أنه إن لم يدفع إليه شيئا رجع لأن الوكالة تتضمن الإذن ؛ وإن دفع فإن لم يأمره بتسليمه فكذلك وإلا لم يرجع إلا إن أذن له فى الأداء على المعتمد الذى جزم به فى الروض من الرجوع على الوكيل

ثمن ماتعدى فيه (قوله وليس له رد الثمن) أى بخلاف القن كما فهم من قوله ولو اشتراه لم يلزمه رده بل له إيداعه عند من ذكر (قوله إن كان الثمن معينا) قال الشهاب سم : ظاهره وإن أنكر وكالته بدليل التفصيل فيما بعده وفيه نظر اهـ .

سفير محض ، وقيل عكسه لأن الالتزام وجد معه ، ولو أرسل من يقترض له فاقترض فهو كوكيل المشترى فيطالب وإذا غرم رجع على موكله (وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن) حيث جوزناه له (وتلف فى يده) أو بعد خروجه عنها (وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشترى) ببدل الثمن (وإن اعترف بوكالته فى الأصح) لدخوله فى ضمانه بقبضه والثانى يرجع به على الموكل وحده لأن الوكيل سفير محض (ثم يرجع الوكيل) إذا غرم (على الموكل) بما غرمه لأنه غرّه . ومحله مالم يكن منصوبا من جهة الحاكم وإلا فلا يكون طريقا فى الضمان لأنه نائب الحاكم وهو لا يطالب (قلت : وللمشترى الرجوع على الموكل ابتداء فى الأصح ، والله أعلم) لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده ، وعلم من كلامه تخيير المشترى فى الرجوع على من شاء منهما ، وأن القرار على الموكل ويأتى ماتقرر فى وكيل مشتر تلف المبيع فى يده ثم ظهر مستحقا . والثانى لا يرجع على الموكل لأنه تلف تحت يد الوكيل وقد بان فساد الوكالة وخرج بالوكيل فيما ذكر الولى فينبس وحده الثمن إن لم يذكر موليه فى العقد وإلا ضمنه المولى ، والفرق أن شراء الولى لازم للمولى عليه بغير إذنه فلم يلزم الولى ضمانه بخلاف الوكيل . وفى أدب القضاء للغزى : لو اشترى فى الذمة بنية أنه لابنه الصغير فهو للإبن والثمن فى ماله : أعنى اللإبن ، بخلاف ما لو اشترى له بمال نفسه يقع للطفل ويصير كأنه وهبه الثمن : أى كما قاله القاضى . وقال القفال : لايقع للأب ، قال : فى الأنوار وهو الأوفق لإطلاق الأصحاب والكتب المعتبرة .

أى مطالبته اهـ سم على حج (قوله فاقترض) خرج به مالو اقترض هو وأرسل ما يأخذه فالضمان على المرسل لا على الرسول ، وبه صرّح حج فراجعه (قوله رجع على موكله) ظاهره وإن صرّح بالسفارة ، لكن قال سم على منهج نقلا عن القوت إذ اصرح بالسفارة لايطالب . ومحله حيث صدّقه الموكل فى التوكيل بالقرض ، فإن كذبه فى ذلك صدق الموكل بيمينه والمطالبة حينئذ على الآخذ لانتفاء وكالته ، وعليه فلو تكرر الاقتراض منه مرات وصدقه الموكل فى بعضها دون بعض لكل حكمه (قوله حيث جوّزناه له) بأن كان الثمن حالا أو مؤجلا وحلّ ودلت القرينة على الإذن فى القبض كما تقدم (قوله ومحله ما لم يكن منصوبا) أى الوكيل اهـ سم على حج (قوله تلف المبيع فى يده) أى الوكيل (قوله وخرج بالوكيل الخ) هذا مفروض فى شرح الروض فيما قبل مسائل الاستحقاق اهـ سم على حج (قوله وإلا ضمنه المولى) أى فى ذمته فلا يلزم الولى نقده من مال نفسه وإنما يبذله من مال المولى عليه إن كان له مال وإلا بقى فى ذمته ، وفى سم على منهج بعد هذا : لكن ينقده الولى من ماله انتهى : أى مال المولى عليه (قوله ويصير الخ) معتمد (قوله كأنه وهبه الثمن) أى حيث لم يقصد أنه أدى ليرجع عليه وإلا فيكون قرضا للطفل فيرجع عليه .

فصل

فى بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به وتخالف الموكل والوكيل ودفع الحق لمستحقه وما يتعلق بذلك

(الوكالة) ولو بجعل بناء على أن العبرة بصيغ العقود هنا كما رجحه الرويانى وجزم به الجوينى فى مختصره مالم تكن بلفظ الإجارة بشروطها وليس الكلام فى ذلك (جائزة) أى غير لازمة (من الجانبين) لأن الموكل قد قد تظهر له المصلحة فى ترك ما وكل فيه أو توكيل آخر ولأن الوكيل قد يعرض له مايمنعه عن العمل ، نعم لوعلم الوكيل أنه لو عزل نفسه فى غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل إلى حضور موكله أو أمينه على المال قياسا على الوصى كما بحثه الأذرعى ، وهو ظاهر وقياسه عدم النفوذ (فإذا عزله الموكل فى حضوره) بأن قال عزلتك (أو قال) فى حضوره أيضا (رفعت الوكالة ، أو أبطلتها) أو فسختها أو أزلتها أونقضتها أو صرفتها

(فصل) فى بيان جواز الوكالة

(قوله وما يتعلق بذلك) أى كالتلطف (قوله ولو بجعل) أى ووقع التوكيل بلفظ الوكالة فإن وقع بلفظ الاستئجار فلازم اه سم على منهج . وهو مأخوذ من قول الشارح مالم تكن بلفظ الخ ، وقوله ولو بجعل الخ تقدم عند قول المصنف ولايشترط القبول لفظا أنها إذا كانت بجعل اشترط فقول سم على حج وقياس ذلك عدم وجوب القبول لفظا مخالف له اه . لكنه مقتضى قول الشارح هنا مالم تكن بلفظ الإجارة فإنه ظاهر فى ثبوت جميع أحكام الوكالة حيث لم يعقد بلفظ الإجارة ومنها عدم اشتراط القبول (قوله بصيغ العقود) أى وذلك لأن لفظ وكلتك فى عمل كذا بكذا معناه إجارة وهى لازمة من الجانبين وصيغة وكالة فلو غلب المعنى كانت لازمة لكن الراجح تغليب اللفظ فهى جائزة ، وأشار بقوله هنا إلى أنهم قد يغلبون المعنى كالهبة بثواب فإنها بيع مع لفظ الهبة نظرا للمعنى (قوله وجزم به الجوينى) وهو المعتمد (قوله أى غير لازمة) أى فليس المراد بالجواز ما قابل التحريم (قوله نعم لو علم الوكيل) وينبغى أن مثل ذلك ما لو علم الموكل مفسدة تترتب على عزل الوكيل كما لو وكل فى مال المولى عليه حيث جوزناه وعلم أنه إذا عزل الوكيل استولى على مال المولى عليه ظالم أو وكل فى شراء ماء لطهره أو ثوب للستر به بعد دخول الوقت أو شراء ثوب لدفع الحر أو البرد اللذين يحصل بسببهما عند عدم الستر محذور تيمم وعلم أنه إذا عزل الوكيل لايتيسرله ذلك فيحرم العزل ولا ينفذ (قوله حرم عليه) أى وكذا لو ترتب على عزله نفسه فى حضور الموكل الاستيلاء المذكور اه سم على حج : أى ولم ينعزل وإن كان المالك حاضر فيما يظهر اه حج . ولعل وجهه أنه من باب دفع الصائل وهو المعتمد اه زيادى . لكن فى شرحه على المنهاج تقييد الحكم المذكور بما إذا كان العزل فى غيبة الموكل وما ذكرناه عن سم مثله ، ويستفاد منهما أن قول الشارح فى غيبة موكله ليس قيدا (قوله أو قال فى حضوره) قيد به لقوله بعد فإن عزله وهو غائب عميرة (قوله أو أبطلتها) قال حج : ظاهره انعزال الحاضر بمجرد هذا اللفظ وإن لم ينوه به ولا ذكر مايدل عليه ، وأن الغائب فى ذلك كالحاضر ، وعليه فلو تعدد له وكلاء ولم ينو أحدهم فهل ينعزل الكل لأن حذف المعمول يفيد العموم أو يلغو لإبهامه ؟ للنظر فى كل ذلك مجال ، والذى يتجه فى حاضر أو غائب ليس له وكيل غيره انعزاله بمجرد هذا اللفظ ، وتكون أل للعهد الذهنى

(أو أخرجتك منها انعزل) منها فى الحال لدلالة كل من الألفاظ المذكورة عليه (فإن عزله وهو غائب انعزل فى الحال)لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق . وينبغى للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل وإن وافقه بالنسبة للمشترى مثلا من الوكيل ، أما فى غير ذلك فإذا وافقه على العزل ولكن ادعى أنه بعد التصرف ليستحق الجعل مثلا ففيه التفصيل الآتى فى اختلاف الزوجين فى تقدم الرجعة على انقضاء العدة ، فإذا اتفقا على وقت العزل وقال تصرفت قبله وقال الموكل بعده حلف الموكل أنه لا يعلمه تصرف قبله لأن الأصل عدمه إلى ما بعده أو على وقت التصرف وقال عزلتك قبله فقال الوكيل بل بعده حلف الوكيل أنه لا يعلم عزله قبله ، فإن تنازعا فى السبق بلا اتفاق صدق من سبق بالدعوى لأن مدعاه سابق لاستقرار الحكم بقوله (وفى قول لا) ينعزل (حتى يبلغه الخبر) ممن تقبل روايته كالقاضى ، وفرق الأول بتعلق المصالح الكلية بعمل القاضى ، فلو انعزل قبل الخبر عظم ضرر الناس بنقص الأحكام وفساد الأنكحة بخلاف الوكيل . قال الأسنوى : ومقتضاه أن الحاكم فى واقعة خاصة كالوكيل . قال البدر بن شهبة : ومقتضاه أيضا أن الوكيل العام كوكيل السلطان كالقاضى اهـ . والأوجه خلاف ما قالاه إلحاقا لكل بالأعم الأغلب فى نوعه ، ولا ينعزل وديع ومستعير إلا ببلوغ الخبر وفارق الوكيل بأن القصد منعه من التصرف الضار بموكله بإخراج أعيانه عن ملكه فأثر فيه العزل وإن لم يعلم به بخلافهما ، وإذا تصرف بعد عزل بموت أو غيره جاهلا لم يصح تصرفه وضمن ماسلمه فيما يظهر إذ الجهل غير

الموجب لعدم إلغاء اللفظ وأنه فى التعدد ولا نية ينعزل الكل لقرينة حذف المعمول ولأن الصريح حيث أمكن استعماله فى معناه المطابق له خارجا لا يجوز إلغاؤه (قوله فإذا اتفقا الخ) بيان للتفصيل (قوله وقال) أى الوكيل (قوله أنه لا يعلمه) أى فيصدق (قوله حلف الوكيل) فيصدق (قوله صدق من سبق) أى جاءا معا أم لا (قوله لاستقرار الحكم بقوله)وإن جاءا معا فالذى يظهر تصديق الموكل لأن جانبه أقوى إذ أصل عدم التصرف أقوى من أصل بقائه لأن بقاءه متنازع فيه ، ثم رأيت شيخنا جزم بتصديق الموكل ولم يوجهه اهـ حج . وكتب عليه سم عبارة شرح الروض : ولو وقع كلامهما معا صدق الموكل اهـ . وعليه فالمراد من قوله جاءا معا أنهما ادعيا معا ، ويدل عليه قوله قبل صدق من سبق بالدعوى دون قوله من جاء للقاضى أولا ، وقوله أقوى من أصل بقائه : أى بقاء جواز التصرف الناشئ عن الإذن (قوله وفرق الأول) أى بين الوكيل والقاضى (قوله ومقتضاه أن الحاكم الخ) عبارة حج أن المحكم الخ : أى الذى حكمه القاضى فلا تخالف بين كلام الشارح وحج (قوله والأوجه خلاف ماقالاه) أى فينعزل الوكيل العام بالعزل ولو لم يبلغه الخبر ، ولا ينعزل القاضى فى أمر خاص إلا بعد بلوغ الخبر اعتبارا بما من شأنه فى كل منهما ، ولكن لاشك أن ما قالاه هو مقتضى التعليل (قوله ولا ينعزل وديع) وفائدة عدم عزله فى الوديع وجوب حفظه ورعايته قبل بلوغ الخبر حتى او قصر فى ذلك كأن لم يدفع متلفات الوديعة عنها ضمن ، وفى المستعير أنه لا أجرة عليه فى استعمال العارية قبل بلوغ الخبر ، وأنها لو تلفت بالاستعمال المأذون فيه قبل ذلك لم يضمن (قوله بأن القصد) أى من الموكل (قوله منعه) أى الوكيل (قوله بخلافهما) أى الوديع والمستعير (قوله وضمن ماسلمه) ومثله ما لو أذن له فى صرف مال فى شىء للموكل كبناء وزراعة وثبت

(قوله بالنسبة للمشترى مثلا) وانظر ماذا يفعل فى الثمن وكل من الموكل والوكيل معترف بأن الموكل لا يستحقه وهل يأتى فيه ما يأتى فى الظفر ، وهل إذا لم يكن قبض الثمن لهما المطالبة أو لا (قوله فإذا اتفقا الخ) هو بيان للتفصيل المشار إليه (قوله والأوجه خلاف ماقالاه) لا يخفى مافيه بالنسبة للثانية لما يترتب عليه من المفاسد التى من جملتها عدم

موثر فى الضمان ومن ثم غرم الدية والكفارة إذا قتل جاهلا بالعزل كما سيأتى قبيل الديات ، ولا رجوع له بما غرمه على موكله على الأصح وإن غره خلافا لبعضهم ، وهذا هو مقتضى كلام الشاشى والغزالى ، وما تلف فى يد الوكيل بلا تقصير ولو بعد العزل لاضمان عليه بسببه ، ، وكالوكيل فيما ذكر عامل القراض ، ولو عزل أحد وكيليه مبهما لم يتصرف واحد منهما حتى يميز للشك فى الأهلية ، ولو وكل عشرة ثم قال عزلت أكثرهم انعزل ستة ، وإذا عينهم فنى تصرف الباقين وجهان أصحهما عدمه : أى بالنسبة للتصرف الصادر منهم قبل التعيين (ولو قال) الوكيل الذى ليس قنا للموكل (عزلت نفسى أو رددت الوكالة) أوفسختها أو أخرجت نفسى منها (انعزل) حالا وإن

عزله له قبل التصرف فإنه يضمن ماصرفه من مال الموكل ثم ما بناه أو زرعه إن كان ملكا للموكل وكان ماصرفه من المال فى أجرة البناء ونحوه كان البناء على ملك الموكل وامتنع على الوكيل التصرف فيه ولا رجوع له بما غرمه ، وإن كان اشتراه بمال الموكل جاز للوكيل هدمه ولو منعه الموكل وتركه إن لم يكلفه الموكل بهدمه وتفريغ مكانه ، فإن كلفه لزمه نقضه وأرش نقص موضع البناء إن نقص ، وما ذكر من التخيير محله إن لم تثبت وكالته عند البائع فيما اشتراه وإلا وجب عليه نقضه وتسليمه لبائعه إن طلبه ويجب له على الوكيل أرش نقصه إن نقص (قوله ومن ثم غرم) أى الوكيل الدية : أى دية عمد (قوله جاهلا بالعزل) أى ولا قصاص (قوله على موكله) أى وإن تمكن من إعلامه بالعزل ولم يعلمه ، لكن هل يأثم بعدم إعلامه حيث قدر ويعزر على ذلك ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الإثم فيعزر (قوله وهذا هو مقتضى كلام الشاشى والغزالى) أى حيث قالا لو اشترى شيئا لموكله جاهلابانعزاله فتلف فى يده وغرم بدله رجع على الموكل لأنه الذى غره (قوله فيما ذكر) أى من عدم الضمان ولو بعد العزل (قوله للشك فى الأهلية) قال سم على منهج بعد ما ذكر أقول : لو تصرف ثم عين غيره للعزل هل يتبين صحة تصرفه أو لا كما هو ظاهر هذه العبارة راجعه ، ويحتمل أنه يبنى على أنه إذا عين تبين انعزاله باللفظ دون الآخر فتكون الولاية للآخر فى نفس الأمر وهى كافية ، وهو مخالف لقول الشارح أصحهما عدمه الخ ، لكن ماقاله سم هو مقتضى قولهم العبرة فى العقود بما فى نفس الأمر وأنه لو تصرف بظن عدم الولاية فبان خلافه بأن صحة تصرفه ، ويمكن حمل قول الشارح أصحهما عدمه على أن المراد فى ظاهر الحال (قوله انعزل ستة) أى وأما لو قال رفعت الوكالة أو أحد وكلائى ونوى معينا فتصرف الوكلاء جاهلين بالعزل ثم أخبر عن نفسه بأنه نوى زيدا مثلا منهم فقياس ماذكره الشارح من بطلان تصرف من لم يعينه للعزل فيما لو قال عزلت أكثر وكلائى ثم عين ستة منهم البطلان هنا لتصرف الوكيل قبل إخبار الموكل بنية من أبقاه للوكالة ، وقد يفرق بأن الوكيل فى مسئلة الشارح كان حاله مبهما وقت التصرف فى نفس الأمر ، بخلاف مالونوى حال العزل معينا فإن الإبهام إنما هو فى الظاهر لا فى نفس الأمر (قوله وإذا عينهم) أى الستة (قوله الباقين) وهم الأربعة (قوله أصحهما عدمه) أى عدم النفوذاه سم على حج (قوله بالنسبة للتصرف) أما الستة فتصرفهم باطل قطعا لتبين انتفاء ولايتهم فى نفس الأمر ، واستقربه سم على حج .

[فائدة] قال المؤلف : ولو عزل أحد وكيليه فتصرفا معا قبل التعيين صح التصرف اهـ . أقول : قد يتوقف فيه بأن العزل ينفذ من اللفظ ، اللهم إلا أن يقال إن المراد أنهما تصرفا فى شىء واحد معا ، ويوجه النفوذ حينئذ بأن أحدهما غير معزول فالنفوذ بالنسبة لتصرفه لا بالنسبة لرفيقه وفى سم على حج مايؤيده نقلا عن مر (قوله وإن غاب)

صحة تولية قاض ولاه حيث فوض له ذلك خصوصا إذا وقعت منه أحكام (قوله أصحهما عدمه) أى عدم نفوذه فهو على حذف مضاف

غاب الموكل لما مر أن مالا يحتاج للرضا لايحتاج للعلم ، ولأن قوله المذكور إبطال لأصل إذن الموكل له فلا يشكل لما مر أنه لايلزم من فساد الوكالة فساد التصرف لبقاء الإذن . أما لو وكل السيد قنّه فى تصرف مالىّ فلا ينعزل بعزل نفسه لأنه من الاستخدام الواجب (وينعزل) أيضا (بخروج أحدهما) أى الموكل والوكيل (عن أهلية التصرف بموت أو جنون) وإن لم يعلم به الآخر أو قصر زمن الجنون لأنه لو قارن منع الانعقاد ، فإذا طرأ أبطله . وخالف ابن الرفعة فقال : الصواب أن الموت ليس بعزل وإنما تنتهى به الوكالة . قال الزركشى : وفائدة عزل الوكيل بموته انعزال من وكله عن نفسه إن جعلناه وكيلا عنه اه . وقيل لافائدة لذلك فى غير التعاليق (وكذا إغماء) ينعزل به فى الأصح إلحاقا له بالجنون كما مر فى الشركة . والثانى لاينعزل به لأنه لم يلتحق بمن يولى عليه . نعم لاينعزل وكيل رمى الجمار بإغماء موكله لأنه زيادة فى عجزه المشترط لصحة الإنابه ، وذكره لهذه الثلاثة مثال فلا يرد عليه أن مثلها طروّ نحو فسقه فيما شرطه السلامة من ذلك على مامر ، وردة الموكل ينبنى العزل بها على أقوال ملكه ، وفى ردّة الوكيل وجهان ، والذى جزم وبه فى المطلب الانعزال بردّة الموكل دون الوكيل ، ولو تصرف نحو وكيل

غاية (قوله لما مر) أى فى قوله لأنه لم يحتج للرضا (قوله أما لو وكل السيد) محترز قوله ليس قنا (قوله فى تصرف مالىّ) هو للغالب ولم يحترز به عن شىء وإن كان قضيته أنه لو وكله فى غير المال كطلاق زوجته انعزاله (قوله قال الزركشى الخ) بيان لثمرة الخلاف بين ابن الرفعة وغيره ، وعبارة حج : وإبداء الزركشى له فائدة أخرى أى غير التعاليق منظور فيه اه . ولعل وجه النظر أنه ينعزل ، سواء قلنا إن الوكيل ينعزل بالموت أو تنتهى به وكالته (قوله إن جعلناه وكيلا عنه) أى بأن أذن له المالك فى التوكيل عن نفسه ففعل أو قلنا بالمرجوح فيما لو أذن له وأطلق (قوله إلحاقا له بالجنون) قضيته أنه لافرق بين طول الإغماء وقصره ، وهو الموافق لما مر ، له فى الشركة بعد قول المصنف وتنفسخ بموت أحدهما ، لكن فى سم على منهج مانصه : فرع : دخل فى كلامه الإغماء فينعزل به ، واستثنى منه قدر مايسقط الصلاة فلا انعزال به واعتمده مر .

[فرع] لو سكر أحدهما بلا تعد انعزل الوكيل أو بتعد فيحتمل أنه كذلك ، ويحتمل خلافه لأن المتعدى حكمه حكم الصاحى . وقال مر . بحثا بالأوّل فى الوكيل فليراجع اه سم على منهج : أى فإن فيه نظرا لما مر من صحة تصرفاته عن نفسه وهى مقتضية لصحة توكيله فى حال السكر وتصرفه ، إلا أن يقال مراده انعزاله فيما يشترط فيه انعزاله ككونه وكيلا عن محجور اه . أو يقال إنما لم تبطل تصرفات السكران عن نفسه تغليظا عليه بناء على أنه غير مكلف ، وهذا يقتضى عزل الوكيل لأن موكله ليس محلا للتغليظ والسكران خرج عن الأهلية بزوال التكليف فأشبه المغمى عليه والمجنون ، .

[فرع] لاينعزل الوكيل بتوكيل وكيل آخر كما فى الروض اه سم على منهج ، ثم يجتمعان على التصرف اه حج (قوله وذكره لهذه الثلاثة) هى الموت والجنون والإغماء (قوله طروّ نحو فسقه) أى من الرق والتبذير اه حج (قوله على مامر) أى من أن عزله بالنسبة لنزع المال من يده لالعدم صحة تصرفه (قوله على أقوال ملكه) والراجح الوقف ، وقوله والذى جزم به الخ ضعيف (قوله بردة الموكل) قدمت أول الباب عن شرح الروض أن قضية كلام الشيخين عدم الانعزال بردة الموكل اه سم على حج . وقول الشارح دون الوكيل يفيد أن ردته لاتوجب انعزاله ، وعليه فتصح تصرفاته فى زمن ردته عن الموكل (قوله ولا تصرف نحو وكيل) أى كشريك

(قوله ينعزل به) هو خبر قوله وكذا (قوله الانعزال بردّة الموكل) أى وهو ضعيف لما علم من جزمه بخلافه

وعامل قراض بعد انعزاله جاهلا فى عين مال موكله لم يصح وضمنها إن سلمها كما مر أو فى ذمته انعقد له (وبخروج) الوكيل عن ملك الموكل و (محل التصرف) أومنفعته (عن ملك الموكل) كأن أعتق أو باع ماوكل فى بيعه أو إعتاقه أو آجر ما أذن فى إيجاره لزوال ولايته حينئذ ، فلو عاد الملكه لم تعد الوكالة ، ولو وكله فى بيع ثم زوج أو أجر أو رهن وأقبض كما قاله ابن كج أو وصى أو دبر أو علق العتق بصفة أخرى كما بحثه البلقينى وغيره أو كاتب انعزل لأن مريد البيع لايفعل شيئا من ذلك غالبا ، وقياس ما يأتى فى الوصية الانعزال بما يبطل الاسم كطحن الحنطة وهو الأوجه ، ولو وكل قنا بإذن مالكه ثم باعه أو أعتقه لم ينعزل . نعم يعصى بتصرفه بغير إذن مشتريه لصيرورة منافعه مستحقة له (وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان) منه لها (أو لغرض) له (فى الإخفاء) كخوف أخذ ظالم المال الموكل فيه (ليس بعزل) لعذره (فإن تعمده ولا غرض) له فيه (انعزل) بذلك لأن الجحد حينئذ ردّ لها والموكل فى إنكارها كالوكيل فى ذلك وما أطلقاه فى التدبير من كون جحد الموكل عزلا محمول كما قاله ابن النقيب على ما هنا (وإذا اختلفا فى أصلها) كوكلتنى فى كذا فقال ما وكلتك (أو) فى (صفتها بأن قال وكلتنى فى البيع نسيئة أو) فى (الشراء بعشرين فقال بل نقدا) راجع للأول (أو بعشرة) راجع للثانى (صدق الموكل بيمينه) فى الكل لأن الأصل معه . وصورة المسئلة الأولى كما قال الفارقى أن يتخاصما بعد التصرف ، أما

(قوله وبخروج الوكيل) كأن وكل عبده ثم باعه لكن إذنه فى الحقيقة له ليس توكيلا بل استخدام ، وفى نسخة بدل الوكيل الموكل فيه عن الخ ، وما فى الأصل هو الصواب لأن هذه هى عين قوله محل التصرف (قوله أو آجر ما أذن فى إيجاره) أى أو بيعه كما يأتى (قوله ثم زوج) أى سواء كان الموكل فى بيعه عبدا أو أمة (قوله أو أجر) محترز قوله أو منفعته (قوله كما قاله) أى فيما لو رهن وأقبض (قوله انعزل) أى الوكيل (قوله كطحن الحنطة) ظاهره أنه لافرق بين أن يكون فى توكيله قال وكلتك فى بيع هذه الحنطة أو فى بيع هذه . قال فى شرح الروض ما حاصله أن محل بطلان الوصية بالطحن إذا قال أوصيت بهذه الحنطة ، فلو قال أوصيت بهذه مشيرا إلى الحنطة لم تبطل الوصية بطحنها فيأتى هنا مثل ذلك ، قال لكن الأوجه خلافه (قوله لم ينعزل) والفرق بين هذه وبين مالو وكل المالك قنه فى تصرف حيث ينعزل بخروجه عن ملكه على مامر أن توكيل المالك لقنه استخدام وبخروجه عن ملكه لم يبق له حق فى الاستخدام ، قاله سم على منهج ، ومثله مالو وكل زوجته ثم طلقها اهـ واعتمده مر (قوله نعم يعصى) أى ولعل محل العصيان إن فوّت على المشترى بخلاف نحو إيجاب البيع من غير معارضة كلام يتعلق بالسيد فلا وجه للعصيان به اهـ سم على حج (قوله نعم يعصى) أى العبد (قوله مستحقة له) أى المشترى (قوله أو لغرض) ينبغى أن المعتبر فى كونه غرضا اعتقاده حتى لو اعتقد ماليس غرضا غرضا كفى وصدق فى اعتقاده لذلك عند الإمكان اهـ سم على حج .

[تنبيه] لو وكل شخصا فى تزويج أمته وآخر فى بيعها فإن وقعا معا يقينا أو احتمالا فهما باطلان فيبطل مايترتب عليهما من تزويج الوكيل أو بيعه ، وإن ترتبا فالثانى مبطل للأول لأن مريد التزويج لايريد البيع وكذا عكسه اهـ حج بالمعنى . ولو آجر ثم زوج كان التزويج عزلا سواء التزويج لأمة أو عبد اهـ سم على حج بالمعنى (قوله على ماهنا) أى من قوله وإنكار الوكيل الخ (قوله وصورة المسئلة الأولى) هى قوله وإذا اختلفا فى أصلها

قبيله ، وكأنه إنما ساق كلام المطلب ليعلم منه حكم ردّة الوكيل فقط (قوله كما مر) يعنى فى الوكيل خاصة (قوله كأن أعتق أو باع) أى أو أجر كما سيأتى (قوله أو أجر ما أذن فى إيجاره) هذا من صور خروج محل التصرف عن ملك الموكل لامن خروج المنفعة كما لايخفى .

قبله فتعمد إنكار الوكالة عزل فلا فائدة للمخاصمة وتسميته فيها موكلا بالنظر لزعم الوكيل (ولو اشترى) الوكيل (جارية) مثلا (بعشرين) هى تساويها فأكثر (وزعم أن الموكل أمره) بالشراء بها (فقال) الموكل (بل) إنما أذنت (بعشرة) وفى بعض النسخ فى عشرة (صدق الموكل بيمينه) حيث لا بينة (و) حينئذ فإذا (حلف الموكل ، فإن) كان الوكيل قد (اشترى بعين مال الموكل وسماه فى العقد) بأن قال اشتريتها لفلان بهذا والمال له (أو قال بعده) أى الشراء بالعين الخالى عن تسمية الموكل (اشتريته) أى الموكل فيه (لفلان والمال له وصدقه البائع) فيما ذكره ، أو قامت به حجة (فالبيع باطل) فى الصورتين لأنه ثبت بالتسمية والتصديق أو البينة أن المال والشراء لغير العاقد ، وثبت بيمين ذى المال عدم إذنه فى الشراء بذلك القدر فيبطل الشراء وحينئذ فالجارية لبائعها وعليه ردّ ما أخذه للموكل ، وخرج بقوله بعين مال الموكل شراؤه فى الذمة ففيه تفصيل يأتى البطلان فى بعضه أيضا فلا يرد هنا وبقوله والمال له ما لو اقتصر على شريته لفلان فلا يبطل البيع إذ من اشترى لغيره بمال نفسه ولم يصرح باسم الغير بل نواه يصح الشراء لنفسه وإن أذن له الغير فى الشراء (وإن كذبه) البائع فى الصورة الثانية بأن قال له إنما

(قوله وتسميته فيها) أى الأولى (قوله ولو اشترى الوكيل الخ) من فروع تصديق الموكل وكان الأولى أن يقول فلو اشترى الخ ، ولعله إنما عبر بالواو لأنه ليس المقصود بذلك مجرد تصديق الموكل بل تفصيل ما يأتى بعده من بطلان العقد تارة ووقوعه للوكيل أخرى وهذا لا يتفرع على ما سبق (قوله وهى تساويها فأكثر) أى أما إذا لم تساو العشرين فينبغى أن يقال إن كان الشراء بعين مال الموكل فباطل وإلا وقع للوكيل ولا تحالف ، ولو تنازع الوكيل والمالك فقال الوكيل المال للموكل فالعقد باطل وقال البائع المال لك فالعقد صحيح ، فمقتضى قولهم إذا اختلفا فى الصحة والفساد صدق مدعى الصحة أن يصدق البائع (قوله وزعم) أى قال (قوله صدق الموكل بيمينه) أى فى أنه إنما وكله فى الشراء بعشرة (قوله فإذا حلف) وهل يكفى حلفه على أنه إنما أذن بعشرة أولا لما مر فى التحالف أنه لا يكفى ذلك ، والجامع أن ادعاء الإذن بعشرين أو عشرة كادعاء البيع بعشرين أو عشرة إلا أن يفرق بأن الاختلاف هنا فى صفة الإذن دون ما وقع العقد به ، ولا يستلزم ذكر نفى ولا إثبات وثم فيما وقع به العقد المستلزم أن كلا مدّع ومدّعى عليه وذلك يستلزمهما صريحا وهو الأقرب إلى كلامهم اهـ حج . فيكون الأقرب الاكتفاء بالحلف على أنه إنما أذن فى الشراء بعشرة (قوله والمال له) ليس بقيد بل مثله مالو سكت عن ذلك أو قال والمال لى أخذا من مفهوم قول الشارح الآتى إذ من اشترى لغيره بمال نفسه ولم يصرح باسم الخ فإنه يقتضى أنه حيث صرح باسم غيره والمال له لا ينعقد بيعه لأنه فضولى (قوله أو قامت به حجة) أى بينة ، ولعل مستند الحجة فى الشهادة قرينة غلبت على ظنها ذلك لعلمها بأن المال الذى اشترى به لزيد وسمعت توكيله وإلا فن أين تطلع على أنه اشتراه له مع احتمال أنه نوى نفسه (قوله ولم يصرح باسم الغير) أى فلو صرح به وقد ثبت بيمين الموكل عدم التوكيل فى ذلك فهو شراء فضولى . لا يقال : هو هنا ما صرح باسم الموكل حيث قال اشتريتها لفلان . لأنا نقول : هذه التسمية إنما وقعت بعد العقد كما يصرح به قوله فى الثانية وأما العقد فلا تسمية فيه (قوله ويصح الشراء لنفسه) يستثنى من ذلك مالو اشترى لابنه الصغير

(قوله وعليه ردّ ما أخذه للموكل) قال الشهاب حج : ومحله إن لم يصدقه البائع على أنه وكيل بعشرين ، وإلا فهى باعترافه ملك للموكل فيأتى فيه التلطف الآتى اهـ (قوله وبقوله والمال له) أى فى الثانية كما صرح به حج (قوله إذن من اشترى لغيره بمال نفسه إلى آخره) أى لأن الصورة أنه لم يسم الموكل فى العقد ولم يذكر بعده إلا أنه اشتراه له

اشتريت لنفسك والمال لك أو سكت عن المال كما هو ظاهر ولا بينة وقال له الوكيل أنت تعلم أنى وكيل فقال لا أعلم ذلك أو بأن قال له لست وكيلا (وحلف) البائع (على نفى العلم بالوكالة) وإنما فرقنا بين الصورتين بفرض الأولى فى دعوى الوكيل عليه بما ذكر دون الثانية ، لأن الأولى لاتتضمن نفى فعل الغير ولا إثباته فتوقف الحلف على نفى العلم على ذكر الوكيل له ذلك ، والثانية تتضمن نفى توكيل غيره له وهذا لايمكن الحلف عليه لأنه حلف على نفى العلم ، وبهذا التفصيل يندفع استشكال الأسنوى الحلف على نفى العلم الذى أطلقوه ، وقرر الشارح كلام المصنف بقوله الناشئة عن التوكيل مشيرا به لرد ما اعترض به على المصنف ،ووجه الرد أنه ليس المراد به الحلف على نفى توكيل مطلق ولا نفى علم مطلق بل نفى وكالة خاصة ناشئة عن توكيل فيستلزم أن المال لغيره (و) إذا حلف البائع كما ذكرناه (وقع الشراء للوكيل) ظاهرا فيسلم الثمن المعين للبائع ويغرم بدله للموكل (وكذا إن اشترى فى الذمة ولم يسمّ الموكل) فى العقد بأن نواه وقال بعده اشتريته له والمال له وكذبه البائع فيحلف كما مر ويقع شراؤها للوكيل ظاهرا ، فإن صدقه البائع بطل الشراء كما قاله القمولى ، وقول ابن الملقن إن ظاهر كلام المصنف وغيره وقوع العقد للوكيل صرح بالسفارة أولا صدقه البائع أو لا رده الأذرعى بأنه غير سديد(وكذا إن سماه فى العقد

بنيته فإنه يقع الشراء للابن كما مر (قوله أنت تعلم أنى وكيل) أى أو قال الوكيل أنا وكيل أونحوه وإن لم يقل أنت تعلم أنى وكيل (قوله الذى أطلقوه) فى الصورتين المذكورتين وهما قوله بأن قاله له إنما الخ وقوله أو بأن قال له الخ (قوله فإن صدقه البائع) أى فى أنه نوى الموكل (قوله بطل الشراء) وعليه فيمكن الفرق بين هذا وبين مالو اشترى لغيره بمال نفسه وقد أذن له حيث لم تكف نيته بل لابد من التصريح باسمه بأنه لما كان المال له تضمن ذلك الغرض الحكمى للآذن والغرض إنما يحصل بلفظ يدل عليه ، فاشترط التصريح بالاسم ليوجد مايقوم مقام الصيغة ، وهذا أولى مما يأتى عنه أيضا لاشتماله على جهة الضعف فلا يعد تكرارا (قوله بأنه غير سديد) وعليه فيفرق بينه وبين مامرّ من أنه لو اشترى بمال نفسه ونوى غيره وقد أذن له حيث يقع للوكيل ، ثم إنه لما كان الشراء

بماله (قوله ولا بينة) أى بالوكالة كما صرح به حج وكان ينبغى تأخيره عن الصورة الثانية كما صنع حج (قوله وهذا لايمكن الحلف عليه) أى بتا (قوله لأنه حلف على نفى العلم) أى لأن قاعدته الحلف على نفى العلم لأنه حلف على نفى فعل الغير ، وعبارة التحفة : وهذا لايمكن الحلف عليه لأنه حلف على نفى فعل الغير فتعين الحلف فيه على نفى العلم فلعل فى عبارة الشارح سقطا من الكتبة (قوله مشيرا به لرد ما اعترض به على المصنف الخ) كأن مراده اعتراض الأسنوى الذى من تتمة استشكاله السابق ، وعبارة الأسنوى فى قول المصنف وإن كذبه حلف على نفى العلم بالوكالة ما نصه ، اعلم أن ماذكره المصنف قد ذكره الرافعى فى شرحه ، وفسر التكذيب بأن يقول إنما اشتريت لنفسك والمال لك ، وتبعه على ذلك فى الروضة وفيه أمران : أحدهما أن التكذيب المذكور ليس هو نفى علم حتى يحلف قائله على نفى العلم ،إلى أن قال : الثانى أن مع هذا التفسير لايستقيم الاقتصار فى التحليف على نفى العلم بالوكالة بل القياس وجوب الحلف على نفى العلم بكون المال لغيره ، فإنه لو أنكر الوكالة ولكن اعترف بأن المال لغيره كان كافيا فى إبطال البيع اه المقصود منه . وحينئذ فى دفعه بما ذكره الشارح نظر ، والجواب عنه فى شرح الروض فراجعه ، والظاهر أن الذى أراده الشارح الجلال بما ذكره إنما هو دفع الاعتراض الأول كأنه يقول إن الحلف على نفى الوكالة حلف على نفى فعل الغير فى المعنى لأن نفيها يستلزم نفى التوكيل الناشئة هى عنه وهو فعل الغير ، على أن قول الشارح هنا ليس المراد به الحلف على نفى توكيل مطلق الخ كلام لايكاد يعقل فتأمل

والشراء فى الذمة أو بعد العقد والشراء بعين مال الموكل (وكذبه البائع فى الأصح) أى فى الوكالة بأن قال سميته ولست وكيلا عنه وحلف كما ذكر يقع الشراء للوكيل ظاهرا وتسميته للموكل تلغو ، وكذا لو لم يصدقه ولم يكذبه فيسلم الثمن المعين للبائع ويغرم بدله للموكل ، وهذا الخلاف هو الذى قدمه بقوله وإن سماه فقال البائع بعتك فقال اشتريت لفلان (وإن) اشترى فى الذمة وسماه فى العقد أو بعده كما جزم به القمولى وغيره و (صدقه) البائع فيما سماه أو قامت به حجة (بطل الشراء) لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وثبت كونه بغير إذنه بيمينه ، ولا يشكل هذا بما مر من وقوع العقد للوكيل إذا اشترى فى الذمة على خلاف ما أمر به الوكيل وصرح بالسفارة لأن ما هناك محمول على ما إذا لم يصدقه البائع (وحيث حكم بالشراء للوكيل) مع قوله إنه للموكل ففيما إذا اشترى بالعين وكذبه بائعه إن صدق فالملك للموكل وإلا فللبائع فيستحب للحاكم الرفق بهما جميعا ليقول له البائع إن لم يكن موكلك أمرك بشرائها بعشرين فقدبعتكها بها فيقبل والموكل إن كنت أمرتك بشرائها بعشرين فقد بعتكها بها فيقبل وفيما إذا اشترى فى الذمة وسماه وكذبه البائع أو لم يسمه إن صدق الوكيل فهى للموكل وإلا فهى للوكيل فحينئذ (يستحب للقاضى) ومثله المحكم كما هو ظاهر بل وكل من قدر على ذلك من غيرهما ممن يظن من نفسه طاعة أمره لو أمر بذلك فيما يظهر (أن يرفق بالموكل) أى يتلطف به (ليقول للوكيل إن كنت أمرتك) بشرائها (بعشرين فقد بعتكها بها ويقول هو اشتريت) وإنما ندب له ذلك ليتمكن الوكيل من التصرف فيها لاعتقاده أنها للموكل و (لتحل له) باطنا إن صدق فى إذنه له بعشرين ، واغتفر التعليق المذكور بتقدير صدق الوكيل أو كذبه للضرورة على أنه تصريح بمقتضى العقد كما لو قال إن كان ملكى فقد بعتكه وبعتك إن شئت ، ولو لم يجز البيع صح جزما ولا يكون إقرارا بما قاله الوكيل إذ إتيانه به امتثالا لأمر الحاكم للمصلحة ، فإن لم يجب البائع ولا الموكل لذلك أو لم يتلطف به أحد فإن صدق الوكيل فهو كظافر بغير جنس حقه لأنها للموكل باطنا فعليه للوكيل الثمن وهو ممتنع من أدائه فله بيعها وأخذ حقه من ثمنها ، وإن كذب لم يحل له التصرف فيها بشىء إن اشترى بعين مال الموكل لأنها للبائع لبطلان البيع باطنا فله بيعها من جهة الظفر لتعذر رجوعه على البائع بحلفه ، فإن كان فى الذمة تصرف فيها بما شاء لأنها ملكه لوقوع الشراء له باطنا (ولو قال) الوكيل (أتيت بالتصرف المأذون فيه) من بيع أو غيره (وأنكر الموكل) ذلك (صدق الموكل)

بعين مال الوكيل ضعف انصرافه للموكل فلم تؤثر نيته ، وهنا لما كان الشراء فى الذمة وقد نوى الموكل ولم يوجد مايصرفه عنه للوكيل عمل بنيته وحكم بوقوعه للموكل وقد ثبت أنه لم يأذن فيه فأبطل (قوله والشراء بعين مال الموكل) هذه قد تقدمت فى قول المصنف وإن كذبه حلف على نفى العلم بالوكالة وإن كان الأولى إسقاطها (قوله وحلف كما ذكر) قضيته أنه لايكفى الحلف فى هذه على نفى العلم وقد تقدم فى قوله وإنما فرق بين الخ مايقتضى خلافه (قوله وثبت) أى والحال (قوله والموكل) عطف على البائع (قوله امتثالا لأمر الحاكم) وكالحاكم المحكم وكل من قدر على ذلك من غيرهما (قوله صدق الموكل) بيمينه .

[فرع] قال الموكل باع الوكيل بغبن فاحش وقال المشترى بل بثمن المثل صدق الموكل ، فإن أقاما بينتين قدم المشترى لأن مع بينته زيادة علم بانتقال الملك . أقول : قضية هذا القول بمثله فى تصرف الولى والناظر إذا تعارضت بينتان فى أجرة المثل ودونها أو ثمن المثل ودونه اهـ عميرة . وقد يقال ماذكر من تصديق الموكل مشكل

(قوله أو بعد العقد والشراء بعين مال الموكل) لاحاجة له هنا لأنه تقدم آنفا (قوله إذ اتيانه به امتثالا لأمر الحاكم للمصلحة) ربما يقتضى أن يكون إقرارا إذا أتى به لا لأمر الحاكم فليراجع

بيمينه لأن الأصل معه فلا يستحق الوكيل ماشرط له من الجعل على التصرف إلا ببينة ، نعم يصدق وكيل بيمينه فى قضاء دين ادعاه وصدقه رب الدين عليه فيستحق جعلا شرط له (وفى قول) يصدق (الوكيل) لأنه أمينه ولقدرته على الإنشاء ومن ثم لو كان بعد العزل صدق الموكل قطعا (وقول الوكيل فى تلف المال مقبول بيمينه) لأنه أمين كالوديع فيأتى فيه تفصيله الآتى آخر باب الوديعة ولا ضمان عليه وهذا هو غاية القبول هنا وإلا فنحو الغاصب يقبل فيه قوله بيمينه. نعم يضمن البدل ولو تعدى فأحدث له الموكل استئمانا صار أمينا كالوديع (وكذا) قوله كسائر الأمناء إلا المكترى والمرتهن (فى الرد) للمعوض أو العوض على موكله مقبول لأنه أخذ العين لنفع الموكل وانتفاعه بجعل إن كان إنما هو ليعمل فيها لا بها نفسها ، وسواء فى ذلك أكان قبل العزل أم بعده كما اقتضاه إطلاقهما خلافا لابن الرفعة والسبكى فى عدم قبول ذلك منه بعده، ودعوى تأييده بقول القفال لايقبل قول قيم الوقف فى الاستدانة ممنوعة بمنع كون ذلك نظير مانحن فيه ، بل هو نظير مامر فيما لو قال الوكيل أتيت بالتصرف المأذون فيه وقد مر عدم تصديق الوكيل فيه (وقيل إن كان بجعل فلا) يقبل قوله فى الرد لأنه أخذ العين لغرض نفسه فأشبه المرتهن ، ورد بما مر ومحل قبول قوله فى الرد ما لم تبطل أمانته ، فلو طالبه الموكل فقال لم أقبضه منك فأقام الموكل بينة على قبضه فقال الوكيل رددته إليك أو تلف عندى ضمنه ، ولا يقبل قوله فى الرد لبطلان أمانته بالجحود وتناقضه ، وأفتى البلقينى بقبول قول الوكيل فى الرد وإن ضمن كما لو ضمن لشخص مالا على آخر

بأنه يدعى خيانة الوكيل ببيعه بالغبن والأصل عدمها ، فالقياس تصديق المشترى لدعواه صحة العقد وعدم خيانة الوكيل . ثم رأيت فى سم على منهج بعد نقله كلام ع قال : وقوله صدق الموكل الخ نقله الأسنوى . وقال م ر : هذا مبنى على أن القول قول مدعى الفساد اهـ . وفى حواشى الروض لوالد الشارح مانصه : ولو ادعى الموكل أن وكيله باع بغبن فاحش ونازعه الوكيل أو المشترى منه فالأصح تصديق كل منهما اهـ : أى من الوكيل والمشترى (قوله فلا يستحق الوكيل) أى ويحكم ببطلان التصرف الذى ادعاه وإن وافقه المشترى من الوكيل على الشراء منه (قوله فى الرد) خرج به مالو ادعى أنه أرسله له مع وكيل عن نفسه فى الدفع فلا يقبل لأن الموكل لم يأتمن الرسول ولم يأذن للوكيل فى الدفع إليه فطريقه فى براءة ذمته مما بيده أن يستأذن الموكل فى الإرسال له مع من تيسر الإرسال معه ولو غير معين (قوله مقبول) حيث لم تبطل أمانته كما يأتى (قوله وسواء فى ذلك) أى قبول قوله (قوله بعده) أى العزل (قوله ودعوى تأييده) أى عدم القبول بعد العزل (قوله رددته إليك أو تلف عندى الخ) راجع ماذكره فى نظير ذلك من الوديعة حيث قال بعد قول المصنف وجحودها بعد طلب المالك لها مضمن مانصه : بأن قال لم يودعنى فيمنع قبول دعواه الرد أو التلف قبل ذلك للتناقض لا البينة بأحدهما لاحتمال نسيانه ، وقضيته عدم قبول دعواه النسيان فى الأول ، وقد يوجه بأن التناقض من متكلم واحد أقبح فغلظ فيه أكثر ، بخلاف نحو قوله لا وديعة لك عندى يقبل منه الكل لعدم التناقض ، وسواء ادعى غلطا أو نسيانا لم يصدقه فيه لأنه خيانة اهـ . فإنه يقتضى أنه لو أقام هنا بينة على رده قبلت منه لاحتمال أولا لم أقبض منك كان عن نسيان وأنه لو قال ليس لك عندى شىء قبل دعواه الرد أو التلف لعدم مناقضته لما ذكره (قوله وأفتى البلقينى) هذا مقابل قوله قبل ومحل قبول قوله فى الرد مالم تبطل أمانته ، وقضيته ذلك عدم قبول قوله فى الرد إذا تعدى فيما وكل فى بيعه مثلا لصيرورته ضامنا بالتعدى ، إلا أن هذا لاتناقض فيه فيحتمل أنه يخص ماتقدم بما فيه تناقض كالصورة التى ذكرها الشارح

(قوله فلا يقبل قوله فى الرد) أى أما بينته فتقبل على الراجح (قوله وإن ضمن) أى ضمانا جعليا بقرينة ما بعده

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فوكله فى قبضه من المضمون عنه فقبضه ببينة أو اعتراف موكله وادعى رده له وليس هو مسقطا عن نفسه الدين لما تقرر أن قبضه ثابت وبه يبران مع كون موكله هو الذى سلطه على ذلك وكالوكيل فيما مر مالو ادعى الجابى تسليم ماجباه على من استأجره للجباية (ولو ادعى) الوكيل (الرد على رسول الموكل وأنكر الرسول صدق الرسول) بيمينه لأنه لم يأتمنه فلم يقبل قوله عليه (ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح) لأنه يدعى الرد على غير من ائتمنه فليثبته عليه . والثانى يلزمه لاعترافه بإرساله ويد رسوله كيده فكأنه ادعى عليه ولو صدقه الموكل على الدفع إلى رسوله لم يغرم الوكيل كما قال الأذرعى إنه الأصح ولو اعترف الرسول بالقبض ، وادعى التلف فى يده لم يلزم المالك الرجوع إليه لأن الأصل عدم القبض (ولو قال الوكيل) بالبيع (قبضت الثمن) حيث جاز له قبضه

فى قوله فلو طالبه الموكل الخ ونحوها ، وهذا إن أريد بالضمان دخول الموكل فيه فى ضمانه ، فإن أريد مايحتاج إلى أصيل وهو ما أشعر به قوله كما لو ضمن الخ فهى مسئلة أخرى (قوله فوكله) أى المضمون له (قوله وادعى) أى الضامن (قوله رده له) أى الموكل (قوله وليس هو) أى الضامن (قوله وبه يبران) أى الضامن والأصيل (قوله ماجباه) أى أو أتلفه بلا تقصير . وقياس ما يأتى من عدم تصديق الرسول فى أنه قبض ماوكله فى قبضه أن المستأجر للوقف مثلا هنا لو أنكر قبض الجابى من أصله صدق مالم يقم بينة هو أو من جبى منه ، وكما لايقبل قوله فى القبض لايقبل قول من جبى منهم فى الدفع إليه . أما لو شهد بعضهم على الجابى بالقبض من غيره وشهد غيره بمثل ذلك قبلت لأن كلا من الشهادتين مستقلة لاتجلب نفعا ولا تدفع ضررا (قوله على من استأجره) سواء كان المستأجر مستحقا لقبض ما استأجره له بملك أو غيره كالناظر إذا وكل من يجبى له الأجرة ، وهذا بخلاف مالو كان الجابى مقررا من جهة الواقف فلا يقبل قوله فى دعوى الرد على الناظر لأن الناظر لم يأتمنه (قوله فليثبته عليه) قال حج : فإن صدقه فى الدفع لرسوله برئ على الأوجه ولا نظر إلى تفريطه بعدم إشهاده على الرسول انتهى . أقول : وهذا يشكل على مالو أدى الضامن الدين لرب الدين فأنكر وصدقه الأصيل فإنه لايرجع على الأصيل لتقصيره بعدم الإشهاد وعدم انتفاع الأصيل بما أداه ، إلا أن يفرق بأن الضامن لما كان مؤديا عن غيره طلب منه الاحتياط لحق الغير فامتنع رجوعه لتقصيره بعدم الاحتياط ، ومن عليه الدين هنا مؤد عن نفسه فلا ينسب لتقصير فى عدم الإشهاد كنسبة الضامن لأن تصرفه ليس عن غيره حتى يطلب منه الاحتياط (قوله وادعى التلف) وكذا لو ادعى الرد على الموكل فإنه لايصدق لما ذكر من أن الأصل عدم القبض ، وقد يقال يصدق فيهما لأن الموكل ائتمنه (قوله لم يلزم المالك الرجوع إليه) أى إلى الرسول بل يرجع على المدين ولا رجوع للمدين على الرسول حيث اعترف بوكالته لأنه أمين والقول قوله فى التلف ، والدائن هو الظالم للمدين بالأخذ منه ، والمظلوم لايرجع على غير ظالمه .

[فرع] وكل الدائن للمدين أن يشترى له شيئا بما فى ذمته لم يصح خلافا لما فى الأنوار ، لأن مافى الذمة لايتعين إلا بقبض صحيح ولم يوجد لأنه لايكون قابضا مقبضا من نفسه اه سم على منهج . واعتمد حج فى شرحه ما فى الأنوار ومنع كونه من اتحاد القابض والمقبض فليراجع وقول سم لم يصح أى وإذا فعل ووقع الشراء للمدين ،

(قوله على من استأجره للجباية) خرج بقوله على من استأجره ما لو ادعى الجابى المقرر فى الوقف الرد على الناظر لأن الناظر لم يستأمنه حتى يقبل عليه (قوله كما قال الأذرعى إنه الأصح) وجه مقابله أنه ترك الإشهاد (قوله لم يلزم المالك الرجوع إليه) أى فيحلف على نفى العلم بقبض رسوله كما صرح به الأذرعى

(وتلف) فى يدى (وأنكر الموكل) قبضه (صدق الموكل إن كان) الاختلاف (قبل تسليم المبيع) إذ الأصل بقاء حقه وعدم القبض (وإلا) بأن كان بعد تسليم المبيع (فالوكيل) هو المصدق بيمينه (على المذهب) لأن الموكل ينسبه إلى تقصير وخيانة بتسليم المبيع قبل القبض والأصل عدمه ، وفى وجه تصديق الموكل إذ الأصل بقاء حقه . والطريق الثانى فى المصدّق منها فى الحالين القولان فى دعوى الوكيل التصرف وإنكار الموكل له ، فلو أذن له فى التسليم قبل القبض أو فى البيع بمؤجل وفى القبض بعد الأجل فهو كما قبل التسليم إذ لاخيانة بالتسليم ، وإذا صدّقنا الوكيل فحلف برئ المشترى فى أصح الوجهين عند الإمام ، ونقله ابن الرفعة عن القاضى الحسين وصححه الغزالى فى بسيطه والأصح عند البغوى عدمه ، وعلى نقله اقتصر فى الشرح الصغير وهو الأوجه وجزم به فى الأنوار ، ولو قال الموكل لوكيله قبضت الثمن فسلمه لى وأنكر الوكيل قبضه صدق الوكيل بيمينه وليس للموكل مطالبة المشترى به لاعترافه ببراءة ذمته ولا مطالبة الوكيل بعد حلفه إلا أن يسلم الوكيل المبيع بلا إذن فإنه يغرم للموكل قيمة المبيع للحيلولة لاعترافه بالتعدى بتسليمه قبل القبض فلا يشكل بكون القيمة أكثر من الثمن الذى لايستحقه غيره (ولو) أعطاه موكله مالا و (وكله بقضاء دين) عليه به (فقال قضيته وأنكر المستحق) دفعه إليه (صدق المستحق بيمينه) لأن الأصل عدم القضاء فيحلف.ويطالب الموكل فقط (والأظهر أنه لايصدق الوكيل على الموكل) فيما قال (إلا ببينة) أو حجة أخرى لدعواه الدفع لغير من ائتمنه فكان حقه إما الإشهاد عليه ولو واحدا مستورا وإما الدفع بحضرة الموكل نظير مامر آخر الضمان ، ومن ثم يأتى هنا ما لو أشهد فغابوا أو ماتوا من أنه لايرجع ويصدق الموكل بيمينه فى أنه لم يؤدّ بحضرته ، ولا عبرة بإنكار وكيل بقبض دين لموكله ادعاه المدين وصدقه الموكل لأن الحق له (وقيم اليتيم)من جهة القاضى إذ ذاك مرادهم بالقيم حالة الإطلاق ، ودعوى أن المراد به مايعم الأب والجد مردودة بأن اليتيم لا أب له ولا جد ، والوصى يأتى فى بابه فتعين ما مر ومثله ولى المجنون والسفيه (إذا ادعى دفع المال إليه بعد البلوغ) والعقل والرشد (يحتاج إلى بينة على الصحيح) إذ لم يأتمنه والمشهور كما فى المطلب وجزم به ابن الصباغ أن الأب والجد كالقيم فى ذلك ، وهو الأوجه خلافا للسبكى حيث جزم بقبول قولهما تبعا لتصريح الماوردى والإمام وألحق بهما قاض عدل أمين ادعى ذلك زمن قضائه ،

ثم إن دفعه للدائن رده إن كان باقيا وإلا رد بدله (قوله عدمه) أى عدم براءة المشترى (قوله وعلى نقله) أى البغوى (قوله وهو الأوجه) وذلك لأن تصديق الوكيل إنما ينفى الضمان عنه ولا يلزم من ذلك سقوط حق البائع (قوله أكثر) أى قد يكون أكثر (قوله من أنه لايرجع) أى حيث صدقه الموكل فى الدفع للمستحق (قوله ولا عبرة بإنكار وكيل) أى فليس للموكل مطالبة الوكيل ولا المدين لتصديق المدين فى دفعه للوكيل وتصديق الوكيل فى عدم القبض بحلفه (قوله لأن الحق له) أى للموكل (قوله بأن اليتيم لا أب له) مراد من فسر اليتيم هنا بمن لا أب له ولا جدّ أن قيم القاضى لايكون إلا مع فقدهما ولا دخل له مع وجود الجد الأصل فلا ينافى ما قيل فى قسم الصدقات من أنه صغير لا أب له وإن كان له جد (قوله وهو الأوجه) معتمد (قوله وألحق بهما قاض) معتمد

(قوله ولا عبرة بإنكار وكيل بقبض دين الخ) انظر ما حاصله ، وفى الروض كغيره ماقد يخالفه ، وعبارة الروض وشرحه : ولو صدق الموكل بقبض دين أو استرداد وديعة أو نحوه مدعى التسليم إلى وكيله المنكر لذلك لم يغرمه : أى الموكل مدعى التسليم بتركه الإشهاد اه . ولعل المراد أنه لاعبرة بقول الوكيل بالنسبة لتغريم المدين ويبقى الكلام فى مطالبة الوكيل ، وفى بعض الهوامش أنه لايطالبه لإنكاره القبض اه . وعليه فإنكار الوكيل له عبرة بالنسبة لدفع المطالبة عنه فليحرر (قوله وألحق بهما) أى

ووجه جزمه فى الوصى بعدم قبوله وحكايته هذا الخلاف فى القيم بأنه فى معنى القاضى لأنه نائبه فكان أقوى من الوصى والثانى يقبل قوله مع يمينه لأنه أمين فأشبه المودع والوصى (وليس لوكيل ولامودع) ولا غيرهما ممن يقبل قوله فى الرد كشريك وعامل قراض (أن يقول بعد طلب المالك) ماله (لا أرد المال إلا بإشهاد فى الأصح) لانتفاء حاجته لذلك مع قبول قوله فى الرد وخشية وقوعه فى الحلف غير مؤثرة إذ لا ذم فيه معتد به آجلا ولا عاجلا ، والثانى له ذلك حتى لايحتاج إلى يمين لأن الأمناء يحترزون عنها حسب الإمكان (وللغاصب ومن لايقبل قوله) من الأمناء كمرتهن ومستأجر وغيرهم كمستعير (فى الرد) أو الدفع كالمدين (ذلك) أى التأخير للإشهاد واغتفر له الإمساك هذه اللحظة وإن كان الخروج من المعصية فوريا للضرورة هذا حيث كان عليه بينة ، بالأخذ ، وإلا فنقل عن البغوى : أى وعليه أكثر المراوزة والماوردى أن له الامتناع لأنه ربما يرفعه لمالكى يرى الاستفصال ، ومن ثم جزم به الأصفونى ورجحه الأسنوى واقتضى كلام الشرح الصغير فى ترجيحه ، وعن العراقيين أنه ليس له الامتناع واقتضى كلامهما ترجيحه وجزم به فى الأنوار لتمكنه من أن يقول ليس له عندى شىء ويحلف (ولو قال رجل) لآخر عليه أو عنده مال للغير (وكلنى المستحق بقبض ماله عندك من دين) استعمل عند فى الدين تغليبا بل وحده صحيح كما يعلم مما يأتى فى الإقرار (أو عين وصدقه) من عنده ذلك (فله دفعه إليه) لأنه محق بزعمه . نعم محل ما ذكر فى العين حيث غلب على ظنه إذن المالك له فى قبضها بقرينة قولية فلا ينافى قولهم لايجوز دفع العين المدعى وكالة لم يثبتها لأنه تصرف فى ملك غيره بغير إذنه وحينئذ فلا اعتراض على عبارة المصنف لظهور المراد مع النظر لقولهم المذكور وإذا دفع إليه ثم أنكر المستحق وحلف على نفى وكالته فإن كان المدفوع عينا استردها إن بقيت وإلا غرم من شاء منهما ولا رجوع للغارم على الآخر لأنه مظلوم بزعمه ، قال المتولى هذا إن لم تتلف بتفريط القابض ، وإلا فإن غرمه لم يرجع أو الدافع رجع لأن القابض وكيل بزعمه والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه وماله فى ذمة القابض فيستوفيه بحقه أو دينا طالب الدافع فقط لأن القابض فضولى بزعمه ، وإذا غرم الدافع فإن بقى المدفوع عند القابض استرده ظفرا وإلا فإن فرط فيه غرم وإلا فلا (والمذهب أنه لايلزمه) الدفع إليه (إلا ببينة على وكالته) لاحتمال إنكار المستحق لها فيغرمه ، فإن لم تكن بينة لم يحلفه لأن النكول كالإقرار ، وقد تقرر أنه وإن صدقه لايلزمه الدفع إليه . والطريق الثانى فيه قولان : أحدهما هذا وهو المنصوص . والثانى وهو مخرج من مسئلة الوارث الآتية يلزمه الدفع إليه من غير بينة لاعترافه باستحقاقه الأخذ (وإن قال) لمن عليه دين (أحالنى) مستحقه (عليك) وقبلت الحوالة (وصدقه وجب الدفع) إليه (فى الأصح) لما سيأتى فى الوارث

(قوله آجلا ولا عاجلا) أى بل قد يندب الحلف فيما لو كان صادقا وترتب على عدم حلفه فوات حق له (قوله يحترزون عنها) أى اليمين (قوله واقتضى كلام الشرح الصغير الخ) وهو المعتمد (قوله بل وحده) أى من غير تغليب (قوله وإلا غرم) أى المالك (قوله من شاء منهما) أى الوكيل ومن كانت تحت يده العين (قوله فإن غرمه)

بالأب والجد : أى فى القبول الذى جزم به السبكى بدليل قوله أمين ادعى ذلك زمن قضائه : أى والأوجه عدم القبول فى المشبه كالمشبه به (قوله ووجه جزمه) أى فى المتن (قوله فأشبه المودع والوصى) كذا فى نسخ الشارح ولعل الوصى محرف عن الوكيل (قوله ثم أنكر المستحق) أى الوكالة بقرينة ما بعده (قوله استردها إن بقيت) عبارة شرح الروض أخذها أو أخذها الدافع وسلمها إليه (قوله فإن لم تكن بينة) أى والحال أنه مكذب له فى الوكالة (قوله لأن النكول) يعنى مع الحلف

بخلاف مالوكذبه وله تحليفه هنا لاحتمال أن يقرّ أو ينكل فيحلف المدعى ويأخذ منه ، وإذا دفع إليه ثم أنكر الدائن الحوالة وحلف أخذ دينه ممن كان عليه ولا يرجع المؤدى على من دفع إليه لأنه اعترف بالملك له . والثانى لايجب إلا ببينة لاحتمال انكار صاحب الحق الحوالة (قلت : وإن قال) لمن عنده عين أو دين لميت (أنا وارثه) المستغرق لتركته كما فى الكفاية والشامل وغيرهما ولعلهم لم ينظروا إلى أن أنا وارثه صيغة حصر فلا يحتاج إلى نحو قوله لا وارث له غيرى لخفائه جدا فاندفع ماذكره ابن العماد هنا أو وصية أو موصى له بما تحت يدك وهو يخرج من من الثلث وصدقه وجب الدفع إليه (على المذهب ، والله أعلم) لاعترافه بانتقال الحق له وليس من التكذيب وبه فارق مامر فى الوكيل . والطريق الثانى فيه قولان أحدهما هذا وهو المنصوص . والثانى وهو مخرج من مسئلة الوكيل السابقة لايجب الدفع إليه إلا ببينة على إرثه لاحتمال أنه لايرثه الآن لحياته ويكون ظن موته خطأ ، وإذا سلمه ثم ظهر المستحق حيا وغرمه رجع الغريم على الوارث والوصى والموصى له بما دفعه إليهم لتبين كذبهم ، بخلاف صورة الوكالة لارجوع فيها فى بعض صورها كما مر لأنه صدقه على الوكالة وإنكار المستحق لايرفع تصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله ثم جحد وهذا بخلافه .

كتاب الإقرار

هو لغة : الإثبات ، من قر الشيء يقر قرارا ثبت . وشرعا : إخبار عن حق سابق على المخبر ، فإن كان له على غيره فدعوى ، أو لغيره على غيره فشهادة هذا إن كان خاصا ، فإن اقتضى شرعا عاما وكان عن أمر محسوس

أى القابض (قوله وله) أى مدعى الحوالة .

كتاب الإقرار

(قوله يقر) بفتح القاف وكسرها ، يقال قررت بالمكان بالكسر أقر بالفتح ، وقررت بالفتح أقر بالكسر اهـ مختار (قوله على المخبر) قال سم على منهج : فرع : التوكيل فى الإقرار لايجوز على الأصح فإن جوزناه فهو وارد على التعريف اهـ . أقول : يمكن الجواب عنه بأنه إخبار منه حقيقة أو حكما لأن فعل الوكيل كفعل الموكل ، أو أن التعريف بالأخص وهو جائز عند بعضهم ، هذا ولعل المراد بالوارد على التعريف هو إقرار الوكيل لا التوكيل فى الإقرار ، وعليه ففى كلام المحشى مسامحة ، ويرد على كلامه أيضا إقرار الإمام أو نائبه أو ولى المحجور عليه ، والجواب أن الإمام نائب عن المسلمين وولى المحجور عليه نائب عنه فكأن الإقرار صدر ممن عليه الحق (قوله على المخبر) أى لغيره (قوله هذا إن كان) أى الإخبار (قوله فإن اقتضى شرعا عاما) أى أمرا مشروعا

(قوله المستغرق) أى بخلاف غيره فإن ما يأخذه لايختص به كما هو ظاهر

كتاب الإقرار

(قوله فإن كان) أى مطلق الإخبار لا الإخبار المذكور فى التعريف (قوله أو لغيره على غيره) أى بشرطه

فرواية ، أو عن أمر شرعى فإن كان فيه إلزام فحكم وإلا ففتوى : وأصله قبل الإجماع قوله تعالى ـ شهداء لله ولو على أنفسكم ـ قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه هى الإقرار ، وخبر الشيخين « اغد ياأنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأركانه أربعة مقر ومقر له وبه وصيغة ، وبدأ بالأول فقال (يصح) الإقرار (من مطلق التصرف) أى المكلف الرشيد ولو إماما بالنسبة لبيت المال ووليا بالنسبة لما يمكنه إنشاؤه فى مال موليه ، وسيعلم

لايختص بواحد (قوله أو عن أمر شرعى) عطف على غير محسوس فهل يشمل يلزم زيدا كذا فى جواب هل يلزم زيدا كذا : أى بسبب فعله كذا ، وجوابه أنه يشمل لأن هذا الحكم لايختص به وإن فرض أن متعلقه لم يتحقق إلا فيه لأنه لو تتحقق فى غيره ثبت له هذا الحكم اهـ سم على حج (قوله شهادة المرء) أى فسرت شهادة الخ (قوله اغد يا أنيس) هو أنيس بن الضحاك الأسلمى معدود فى الشاميين ، وقال ابن عبد البر : هو أنيس بن أبى مرثد ، والأول هو الأصح المشهور ، وهو أسلمى والمرأة أيضا أسلمية . قال الحافظ : أنيس هو ابن الضحاك الأسلمى ، نقله ابن الأثير عن الأكثرين ، ويؤيده أن فى الحديث « فقال رجل من أسلم » ووهم من قال إنه أنيس بن أبى مرثد فإنه غنوى ، وكذا قول ابن التين كان الخطاب فى ذلك لأنس بن مالك لكنه صغر اهـ من مختصر شرح مسلم للنووى للطيب بن عفيف الدين الشهير ببا مخرمة اليمنى (قوله وأركانه أربعة) زاد بعضهم المقر عنده من حاكم أو شاهد ، وقد ينظر فيه بأنه لو توقف تحقق الإقرار على ذلك لزم أنه لو أقر خاليا بحيث لايسمعه إلا الله تعالى ثم بعد مدة تبين أنه أقر خاليا فى يوم كذا لم يعتد بهذا الإقرار ولم يكن للمقر له المطالبة بمقتضاه ولا الدعوى بسببه لفساده وعدم صحته شرعا لعدم وجود ركنه المذكور ، والظاهر أن ذلك ممنوع قطعيا فليتأمل اهـ سم على حج (قوله أى المكلف الرشيد) المراد غير المحجور عليه كما تقدم فى أول البيع ، فلا يرد السكران المتعدى ولا الفاسق ولا من بذر بعد رشده ولم يحجر عليه (قوله ولو إماما) إنما أخذهما غاية لأنه قد يتوهم أن كلا ليس مطلق التصرف لأن تصرفه مقيد بالمصلحة فربما يتوهم أن هذا القيد ينافى الإطلاق .

[فرع] قال فى الروض : ويقبل إقرار الرشيد بجناية فى الصغر . قال فى شرحه : قال البلقينى : وينبغى تقييده بما إذا لم يكن على وجه يسقط عن المحجور عليه فإن كان كذلك كالمقرض والمبيع فلا ينبغى أن يؤاخذ به اهـ .

[فرع] إقرار المرتد بالعقوبة فى بدنه مقبول وفى ماله موقوف اهـ سم على منهج (قوله بالنسبة لما يمكنه إنشاؤه) كأن أقر بثمن شىء اشتراه له وثمنه باق للبائع ، أو أنه باع هذا من مال الطفل على وجه يصح بيعه فيه ، بخلاف مالو أقر على موليه بأنه أتلف مالا مثلا فلا يصح إقراره عليه بذلك ، وعليه فما طريقه فى الخروج من ذلك مع أن متلفات الصبى مضمونة فى ماله ، وينبغى أن الأحوط فى حقه أنه إن كان ثم حاكم يرى صحة إقراره وجب الرفع إليه وإن لم يكن ثم من يراه أخر الأمر إلى بلوغه ، ولمن أتلف الصبى ماله أن يدعى على الصبى ويقيم وليه شاهدا ويقيم آخر أو يحلف مع الولى ، ولو لم يتيسر له ذلك جاز له الدفع باطنا ، ومع ذلك لو ظهر الأمر ولو بعد بلوغه رجع عليه به (قوله لما يمكنه إنشاؤه فى مال موليه) ظاهره رجوع قوله لما يمكنه إنشاؤه الخ للولى فقط دون الإمام بالنسبة لبيت المال ، واقتصر حج على مسئلة الإمام ولم يذكر إقرار الولى ، وظاهر كلامهما أن إقرار الإمام على بيت المال مقبول مطلقا فليحرر ، ثم قضية قوله يمكنه إنشاؤه أنه لايصح إقراره على الصبى بعد

(قوله فإن كان فيه إلزام فحكم) فى كون الحكم يقتضى شرعا عاما نظر ظاهر ، ولهذا لم يذكره غيره كالشهاب حج والدميرى فى هذا التقسيم ، بل فى كون الحكم إخبار انظر أيضا ، بل الظاهر أنه إنشاء كصيغ العقود وإن كان لفظه

من آخر الباب اشتراط عدم تكذيب الحس والشرع له . ومن الطلاق الاختيار على أن هذا قد يؤخذ من كلامه هنا بادعاء أن المكره غير مطلق التصرف على الإطلاق ، بل سيأتى بعد بقليل اشتراط أن لايكون مكرها ، ولو أقرّ بشىء وأنه مختار فيه لم تقبل بينته بأنه كان مكرها إلا أن يثبت أنه كان مكرها حتى على إقراره بأنه مختار كما يأتى ومر أن طلب البيع إقرار بالملك والعارية وإجارة إقرار بملك المنفعة لكن تعيينها فى الأخيرة إلى المقرّ كما هو واضح (وإقرار الصبى) ولومراهقا وأذن له وليه (والمجنون) والمغمى عليه وكل من زال عقله بما يعذر به (لاغ) لسقوط أقوالهم (فإن ادعى) الصبى (البلوغ بالاحتلام) أى نزول المنى يقظة أو نوما أو الصبية البلوغ بالحيض (مع الإمكان) له بأن كان فى سن يحتمل البلوغ ، وقد مر بيان زمن الإمكان فى بابى الحيض والحجر (صدق) فى ذلك إذ لايعرف إلا من جهته ولا يعارضه إمكان البينة على إمكان الحيض لأنه مع ذلك عسر (ولا يحلف) عليه وإن فرضت خصومة لأنه إن صدق لم يحتج إلى يمين وإلا فالصبى لايحلف ، وإنما توقف عليها عند اتهامه إعطاء غاز ادعى الاحتلام وطلب سهم المقاتلة أو إثبات اسمه ، وكذا ولد مرتزق ادّعاه وطلب إثبات اسمه فى الديوان واتهم

بلوغه ورشده بنحو بيع شىء من أمواله قبل بلوغه ورشده (قوله على أن هذا) أى الاختيار ، وقوله من كلامه هنا : أى فى قوله يصح من مطلق التصرف ، وقوله له : أى المقر ، وقوله وأنه مختار : أى وذكر أنه ا[illegible] قوله كما يأتى) أى فى قوله بعد قول المصنف ولا يصح إقرار مكره ولو ادعى أنه باع كذا مكرها الخ ، وقوله ومرّ : أى فى باب الصلح ، وقوله والعارية : أى وطلب العارية (قوله فى الأخيرة) هو طلب العارية والإجارة ، ولو عبر بالأخيرتين كان أوضح (قوله وإقرار الصبى) قيل الأولى التفريع بالفاء اه ، وفيه نظر ، إذ لاحصر فيما قبله ، ومفهوم المجرور ضعيف اه حج . وكتب عليه سم قوله إذ لاحصر الخ هذا لايمنع الأولوية ، ومفهوم المجرور وإن ضعف يعتد به ، والمراد بالمجرور قوله مطلق التصرف ، وقوله ولو مراهقا غاية (قوله فإن ادّعى الصبى) أى ليصح إقراره أو ليتصدّق فى أمواله (قوله فى بابى الحيض) وهو تسع سنين تحديدية فى خروج المنى وتقريبية فى الحيض ، ولابد فى ثبوت ذلك من بينة عليه (قوله على إمكان) الأولى التعبير بقوله على وجود الحيض وإنما خصه بالذكر لتصريحهم بقبول البينة على الحيض ويأتى مثله فى المنى (قوله وإنما توقف عليها) أى على اليمين (قوله ادّعى الاحتلام) أى قبل انقضاء الحرب فأنكره أمير الجيش لأنه لم يلزم من تحليفه المحذور السابق اه حج . وكتب عليه سم قوله لأنه لم يلزم الخ : أى لأن الغرض البلوغ حين التحليف ، إذ صورة المسئلة أنه بالغ بعد انقضاء الحرب مدع أنه كان بالغا قبل انقضائها فيحلف بعد الانقضاء أنه كان بالغا حينئذ كما صور بذلك فى شرح الروض (قوله وطلب سهم المقاتلة) ويستثنى أيضا مالو أسلم الأب وادعى عدم بلوغ ولده حتى يتبعه فى الإسلام وادعى الولد البلوغ فإنه يحلف الولد : أى ويترك على دينه سم ، وإن نكل حلف الأب وحكم بإسلامه ، قاله مر ، وانظر هذا مع دعوى الولد البلوغ فإنها تتضمن إنكار الإسلام ثم ظهر مع مباحثة مر أنه يكون مرتدا بعد دعوى البلوغ بعد دعوى الأب الصغر فليحرر اه سم على منهج . أقول : قد يقال لم يثبت إسلامه بمجرد قول الأب حتى يكون إنكاره ردّة بل فيما لو نكل الصبى وحلف الأب إنما ثبت صباه فكيف يكون إنكاره الإسلام ردّة ، اللهم إلا أن يقال : يصوّر ما قاله مر بما إذا مضى بعد إسلام الأب مدة يحكم فيها ببلوغ الابن ، وقوله أيضا حلف الأب نقل فى الدرس عن حواشى شرح الروض للرملى عدم تحليف الأب (قوله أو إثبات اسمه) عطف على إعطاء اه

لفظ الخبر فليراجع (قوله فى الأخيرة) لعل مراده بالأخيرة مسئلة الإقرار بالمنفعة فيشمل طلب العارية والإجارة ليوافق كلام الشهاب حج ، وظاهر أن المراد تعيين جهة المنفعة من وصية أو إجارة أو غيرهما حتى لو عينها بإجارة يوم مثلا قبل وهذا ظاهر فليراجع (قوله وإنما توقف الخ) عبارة التحفة : وإنما توقف عليها إعطاء غاز ادعى

على يمينه احتياطا لأنه هنا يريد مزاحمة غيره فناسب تحليفه ، وإذا لم يحلف فبلغ مبلغا يقطع ببلوغه لم يحلف لانتهاء الخصومة لقبوله قوله أولا فلا ننقضه ، قاله الإمام وأقره الرافعى فى الشرح الكبير وجزم به فى الصغير من غير عزو (وان ادعاه بالسن طولب ببينة) عليه ولو غريبا غير معروف لسهولة إقامتها فى الجملة ، ولا بد فى بينة السن من بيان قدره للاختلاف فيه . نعم لايبعد الاكتفاء بالإطلاق من فقيه موافق للحاكم فى مذهبه كما فى نظائره لأن هذا ظاهر لا اشتباه فيه . أما لو شهدت بالبلوغ ولم نتعرض لسن فتقبل وهى رجلان . نعم لو شهد أربع نسوة بولادته يوم كذا قبلن وثبت بهن السن تبعا فيما يظهر وخرج بالسن والاحتلام مالو ادعاه وأطلق فيستفسر على ما رجحه الأذرعى ، ويمكن حمله على الندب إذ الأوجه القبول مطلقا ، وقول بعضهم تفريعا على الأول فإن تعذر استفساره عمل بأصل الصبا مردود ، فقد قال فى الأنوار : ولو شهدا ببلوغه ولم يعينا نوعا قبلا : أى إن كان فقيهين موافقين لمذهب الحاكم فى البلوغ كما مر نظيره وما فرق به بين هذه وما قبلها بأن عدالتهما مع خبرتهما إذ لا بد منها قاضية بتحققهما أحد نوعيه قبل الشهادة ليس بشىء (والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما) فى بابيهما .

سم على حج ويمكن عطفه على سهم : أى لو طلب إثبات الخ وكأنه لم يذكره المحشى لقوله بعد وكذا ولد مرتزق الخ (قوله على يمينه) متعلق بما تضمنه وكذا ولد مرتزق الخ ، ولو حذفه كان أولى لعلمه من التشبيه (قوله احتياطا) علة لتوقف ، وقوله لأنه علة الاحتياط (قوله يريد مزاحمة غيره) يؤخذ منه أنه لو ادعى البلوغ ودفع الجزية لايحلف ، وهو ظاهر (قوله لانتهاء الخصومة) لقبول قوله وقت الخصومة بلا يمين ، ويؤخذ منه أنه لو وقعت الخصومة فى زمن يقطع ببلوغه فيه فادعى أن تصرفه وقع فى الصبا حلف ، وهو كذلك (قوله للاختلاف فيه) لايقال : إنما يظهر هذا إن كان ذهب أحد إلى أنه أقل من خمسة عشر ، ويحتمل أن الأمر كذلك على أنه يكفى فى التعليل أن الشاهد قد يظن كفاية دون الخمسة عشر . لأنا نقول : منهم من ذهب إلى أنه أكثر من خمسة عشر اهـ سم على حج (قوله موافق للحاكم فى مذهبه) ينبغى أو حنفى والحاكم شافعى لأن السن عند الحنفى أكثر منه عند الشافعى فيلزم من وجوده عند الحنفى وجوده عند الشافعى ، فالشاهد الفقيه الحنفى سواء أراد السن عنده أو عند الشافعى يثبت المطلوب اهـ سم على حج (قوله تبعا) أى للولادة ، وقوله ويمكن حمله استفساره وقوله مطلقا سواء فسره أم لا وقوله تفريعا على الأول هو قوله فيستفسر (قوله ولم يعينا نوعا) أى من الاحتلام والسن وقوله كما مر : أى فى قوله ولم يتعرض لسن فتقبل (قوله وما فرق) الفارق حج ، وقوله بين هذه هى قوله ولو شهدا ببلوغه ولم يعينا نوعا وقوله وما قبله هى قوله ما لو ادعاه وأطلق وقوله أحد نوعيه : أى كالسن أو الاحتلام (قوله ليس بشىء) لم يبين وجه الرد للفرق مع أنه قد يقال إن الفرق ظاهر قواى فى نفسه وكتب سم على حج مانصه :

الاحتلام قبل انقضاء الحرب فأنكره أمير الجيش لأنه لايلزمه من تحليفه المحذور السابق وإثبات ولد مرتزق طلبه احتياطا لمال الغنيمة ولأنه لاخصم هنا يعترف [1] بعدم صحة يمينه انتهت (قوله على يمينه) متعلق بنظير العامل فى عليها مقدرا وكان الأولى حذفه (قوله مردود فقد قال فى الأنوار الخ) لايخفى أن كلام الأنوار إنما يعارض أصل بحث الأذرعى لا التفريع المذكور الذى هو للعلامة حج ، وعبارته بعد جزمه بكلام الأذرعى : فإن تعذر استفساره اتجه العمل بأصل الصبا ، وقد يعارض ما رجحه : أى الأذرعى قول الأنوار الخ ، ثم قال : إلا أن

---

(١) (قوله يعترف الخ) فى نسخة المؤلف يفترق فتأمل ذلك اهـ .

أما إقرار المفلس بالنكاح فمقبول بخلاف السفيه فلا يقبل، ويقبل إقرار السفيهة به لمن صدقها كالرشيدة إذ لا أثر للسفه من جانبها لتحصيلها المال به بخلاف الذكر (ويقبل إقرار الرقيق بموجب) بكسر الجيم (عقوبة) كقود وزنا وشرب خمر وسرقة بالنسبة للقطع لبعد التهمة لأن النفوس مجبولة على الاحتراز عن المؤلم ما أمكنها ، ولو عفا عن القود على مال تعلق برقبته وإن كذبه السيد لأنه وقع تبعا (ولو أقر) مأذون له فى التجارة أو غيره (بدين جناية لاتوجب عقوبة) أى حدا أو قودا كجناية خطأ أو غصب وإتلاف أو أوجبتها كسرقة وإن زعم كون المسروق باقيا فى يده أو يد سيده (فكذبه السيد) فى ذلك أو سكت (تعلق بذمته دون رقبته) للتهمة فيتبع به إذا عتق فإن صدقه ولم يكن جانيا ولا مرهونا تعلق برقبته فيباع فى ذلك مالم يفده السيد بأقل الأمرين من قيمته والمال ولا يتبع بما بقى بعد عتقه إذ ماتعلق بالرقبة منحصر فيها (وإن أقر بدين معاملة) وهو ماوجب برضا مستحقه (لم يقبل على السيد) ولو صدقه (إن لم يكن مأذونا له فى التجارة) بل يتعلق بذمته يتبع به بعد عتقه لتقصير معامله بخلاف الجناية (ويقبل) إقراره بدين التجارة (إن كان) مأذونا له فيها لأنه قادر على الإنشاء ، ولهذا لو حجر عليه لم يقبل وإن أضافه لزمن الإذن لعجزه عن الإنشاء حينئذ ، وإنما كان إقرار المفلس على الغرماء صحيحا لبقاء مايبقى لهم فى ذمته والعبد لو قبل فات حق السيد بالكلية . أما مالا يتعلق بالتجارة كالقرض فلا يقبل منه. لا يقال : ما اقترضه إن كان لنفسه كان فاسدا أو للتجارة بإذن سيده فينبغى أن يؤدى منه لأنه مال تجارة ، فقد رد بأن السيد منكر

قوله إلا أن يفرق أن عدالتهما الخ ، قيل هذا الفرق ليس بشىء اه فليتأمل (قوله بموجب) أى بسبب وقوله بكسر الجيم أما بالفتح فهو مايترتب عليها كالضمان أو عدمه (قوله بالنسبة للقطع) أى وأما المال فيثبت فى ذمته تالفا كان أو باقيا كما يأتى (قوله وإن كذبه) غاية وقوله لأنه أى المال (قوله أى حدا الخ) إنما فسر العقوبة بذلك لإخراج نحو الغصب والإتلاف ، فإن كلا منهما يوجب التعزير الذى هو عقوبة ، ولا يصح إقراره به حيث كذبه السيد (قوله وإن زعم) إنما أخذها غاية لأنه بتقدير كونها باقية لم يكن ثم دين حتى يثبت فى الذمة (قوله فإن صدقه) أى السيد ، وقوله ولم يكن: أى العبد ، وقوله جانيا : أى جناية أخرى (قوله تعلق برقبته) قضيته أنه لو كان جانيا أو مرهونا لم يؤثر تصديق السيد فيقدم حق المرتهن والمجنى عليه ، وعليه فلو انفك الرهن أو عفا المجنى عليه عن حقه أو بيع فى الجناية أو الدين ثم عاد لملك السيد فينبغى أن يتعلق برقبته مؤاخذة للسيد بتصديقه (قوله وإنما كان) دفع به مايرد على الشق الأول وهو عدم صحة الإقرار من غير المأذون (قوله لبقاء مايبقى لهم) أى الغرماء الذين قبل إقراره عليهم كقوله لفلان على كذا قبل الحجر (قوله لو قبل) أى إقراره (قوله فلا يقبل منه) عبد على السيد (قوله فقد رد بأن السيد الخ) مفهومه أنه لو صدقه السيد على الاقتراض تعلق بكسبه وما فى يده ، ومقتضى قوله والقرض ليس من لوازم الخ خلافه فكان الأولى الاقتصار عليه، هذا وقضية ماذكره الشارح من أن القرض ليس من الخ أنه لو اضطر إلى اقتراض مايصرفه على مال التجارة كأن ماتت الجمال التى تحمل مال التجارة واحتاج إلى مايصرفه فى أجرة الحمل فاقترض مايصرفه عليه أن ما اقترضه يكون فى ذمته لأن القرض من حيث هو ليس من لوازم التجارة وينبغى أنه حيث تعين الاقتراض طريقا لذلك وصدقه السيد عليه أو ثبت ببينة تعلق بمال التجارة للعلم برضا السيد

يفرق بأن عدالتهما مع خبرتهما إلى آخر ماذكره الشارح (قوله أما إقرار المفلس بالنكاح) لاموقع للتعبير بأما هنا إذ هذا من جملة مامر (قوله ويقبل إقرار السفيه به) قال والد الشارح : بأن تقول زوجنى منه وليى بحضرة عدلين ورضاى إن كان شرطا (قوله كالقرض) قال والده : مثل القرض الشراء فاسدا لأن الإذن لايتناول الفاسد (قوله بأن السيد منكر الخ) قضيته أن السيد لو اعترف به لزم

والقرض ليس من لوازم التجارة الذى يضطر إليها التاجر فلم يقبل إقراره به على السيد ، ولو أطلق الدين لم يقبل أيضا : أى إلا إن استفسر وفسر بالتجارة كما قاله الأسنوى وغيره وإن خالف فى ذلك القاياتى (ويؤدّى) مالزمه (من كسبه) بنحو شراء صحيح لا فاسد لعدم تناول الإذن له (وما فى يده) لما مر فى بابه وإقرار مبعض بالنسبة لبعضه القنّ كالقن لما مر ولبعضه الحرّ كالحر فيما مر ، والأوجه خلافا لبعض المتأخرين أن مالزم ذمته فى نصفه الرقيق يجب تأخير المطالبة به إلى العتق كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى إذ لايتعلق بما ملكه بنصفه الحر فاقتضى الحال تأخير المطالبة به (ويصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبى) بمال عين أو دين فيخرج من رأس المال بالإجماع كما قاله الغزالى . نعم لوارث تحليف المقرّ له على الاستحقاق ، فإن نكل حلف وبطل الإقرار كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى خلافا للقفال ، ويؤيد ماقررناه قولهم تتوجه اليمين فى كل دعوى لو أقر بمطلوبها لزمته ، وما يأتى فى الوارث وكون التهمة فيه أقوى غير مناف توجيه اليمين (وكذا) يصح إقراره (لوارث) حال الموت بمال وإقرار من لا وارث له سوى بيت المال ، ولو أقر له بنحو هبة مع قبض فى الصحة قبل ، فإن لم يقل فى الصحة أو قال فى عين عرف أنها ملكه هذه لوارثى نزل على حالة المرض كما يأتى (على المذهب) وإن كذبه بقية الورثة أو بعضهم لانتهائه إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر فالظاهر أنه محق ، وفى قول لايصح لأنه متهم بحرمان

بذلك قطعا وبقى ما لو لم يكن مأذونا له فى التجارة واضطر لنحو جوع أو برد ولم تمكنه مراجعة السيد فهل يجوز له الاقتراض حينئذ أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب جواز الاقتراض بإذن القاضى إن وجده وإلا أشهد على الاقتراض ، ويتعلق ما اقترضه بكسبه إن كان كسوبا فيقدم به صاحبه على السيد بوجوبه عليه وإن لم يكن كسوبا رجع به على السيد للعلة المذكورة (قوله ولبعضه الحر كالحر) إطلاقه شامل لما إذا كان بينه وبين سيده مهايأة ولما لو لم تكن ففى سم على منهج مانصه : فرع لم يفرقوا فى تفاصيل المبعض بين المهايأة وغيرها اهـ . أقول : وهو واضح إن كان إقراره بدين جناية لأنه لم يختلف بالمهايأة وعدمها ومشكل بالنسبة لديون المعاملة (قوله خلافا لبعض المتأخرين) هو حج (قوله فى نصفه الرقيق) أى أما مالزمه بنصفه الحر فيطالب به حالا ، وقد يفرق بينه وبين ماتقدم للشارح فى معاملة الرقيق من أن الرقيق لو اشترى مثلا بغير إذن سيده تعلق الضمان بذمته ، ولا يطالب به إلا بعد العتق لكله بأن ما تقدم لما كان رقيقا وقت المعاملة استصحب لكمال الحرية وما هنا لما كان بعضه حرا قوى جانب تعلقه به حالا لأنه لم يكن ثم مانع يستصحب (قوله إذ لايتعلق) أى مالزمه (قوله بمال عين) أى غير معروفة بالمقرّ لما سيأتى من أن المعروفة به ينزل الإقرار بها على المريض (قوله فإن نكل) أى المقر له : وقوله حلف : أى الوارث ، وقوله بذلك : أى الوالد (قوله لزمته) أى الدعوى بمعنى أن ما ادعى به عليه إذا أنكره تتوجه عليه اليمين ، لأنه لو أقر لزمه ما ادعى به عليه (قوله وما يأتى) أى فى قوله لانتهائه إلى حالة يصدق فيها الكاذب ، وقوله غير مناف توجيه اليمين : أى وذلك لأنه وإن وصل إلى تلك الحالة يحتمل أن إقراره غير مطابق للواقع ومن ثم قال الشارح فالظاهر أنه محقق (قوله وإقرار) أى فى المرض أو غيره (قوله على حالة المرض) أى فيتوقف نفوذه على إجازة باقى الورثة كذا قيل ، والمستفاد من كلام الشارح أنه يكون من رأس المال ولا يتوقف على إجازة لكن على المذهب : فإنه لم يفرق بين الصحة والمرض إلا من حيث أن فى الإقرار حال المرض خلافا دون الصحة ، وفيه أنه حيث نزل على المرض والعين معروفة به أشبه مالو تبرّع بها فى مرضه للوارث فيتوقف على إجازة بقية الورثة ، هذا وخرج بما ذكره فى العين المعروفة من أن الإقرار إذا كان فى حالة المرض ينزل عليه مالو أقر بالعين المذكورة فى الصحة فتسلم للمقرّ له لاحتمال بيعها له أو هبتها منه مع إقباضها أوغير ذلك من طرق التمليك

بعض الورثة . والطريق الثانى القطع بالقبول ، واختار جمع عدم قبوله إن اتّهم لفساد الزمان بل قد تقطع القرائن بكذبه . قال الأذرعى : فلا ينبغى لمن يخشى الله أن يقضى أو يفتى بالصحة ، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان ، وقد صرح جمع بالحرمة حينئذ وأنه لايحل للمقر له أخذه . ويجرى الخلاف فى إقرار الزوجة بقبض صداقها من زوجها فى مرض موتها ولبقية الورثة تحليف المقر له إن أقر له بحق لازم يلزمه الإقرار به ، فإن نكل حلفوا وقاسموه ، ولا يسقط اليمين بإسقاطهم كما صرح به جمع ، ويصح إقراره بنحو عقوبة أو نكاح جزما وإن أفضى إلى مال ، ولو كان للمريض دين على وارثه ضمن به أجنبي فأقرّ بقبضه من الوارث لم يبرأ ، وفى الأجنبى وجهان ذكرهما فى الجواهر أوجههما براءة الأجنبى ، وقد نظر بعضهم فى عدم براءة الوارث والنظر ظاهر إذ هذا لايزيد على الإقرار له بدين (ولو أقرّ فى صحته بدين) لشخص (وفى مرضه) بدين (لآخر لم يقدم الأول) بل يتساويان كما لو أقر بهما فى الصحة أو المرض (ولو أقر فى صحته أو مرضه) بدين لشخص (وأقر وارثه بعد موته) بدين (لآخر لم يقدم الأول فى الأصح) لأن إقرار الوارث كإقرار المورث فكأنه أقرّ بالدينين ، والثانى يقدم الأول لأنه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرفها عنه ، ولو أقر الوارث لمشاركه فى الإرث وهما مستغرقان كزوجة

(قوله واختار جمع عدم قبوله) أى للوارث فى المرض (قوله لمن يخشى الله أن يقضى) أى ولو لم يكن فى البلد غيره (قوله ولا شك فيه) أى فيما قاله الأذرعى (قوله وأنه لايحل للمقر له أخذه) أى لكن يقبل ظاهرا ولو حكم به القاضى نفذ حكمه (قوله ولا يسقط اليمين بإسقاطهم) أى فإن أرادوا التحليف بعد الإسقاط مكنوا منه (قوله ويصح إقراره) أى المريض ، وقوله ضمن : أى ضمنه به الخ ، وقوله فأقر بقبضه : أى المريض (قوله لم يبرأ) أى الوارث ، ذكر حج أن صاحب الجواهر فرّعه على عدم صحة الإقرار للوارث ، قال فظنه بعضهم مبنيا على الصحيح فاعترضه بما ليس فى محله (قوله لم يقدم الأول فى الأصح) هذا ظاهر فيما لو كان الإقرار بدين مثلا ، فلو كان الإقرار إن بعين كأن قال المورث هذا العبد لزيد وقال الوارث بعد موته هذا لعمرو فقياس ما يأتى من أن المقرّ إذا قال هذا لزيد ثم قال هذا لعمرو وجب تسليم المقرّ به لزيد ويغرم لعمرو قيمته لأنه أحال بين عمرو وبين حقه لإقراره لزيد أنه هنا كذلك فيسلم المقرّ به لمن سماه المورث ويغرم الوارث قيمته للثانى تنزيلا لإقرار الوارث منزلة إقرار المورث ، وقد يفرق بأنا إنما غرمنا المقر لعمرو لأنه أحال بإقراره الأول بين عمرو وبين حقه ، بخلاف ما هنا فإن إقرار الوارث به لعمرو وقع فى حالة كون المقرّ به ليس بيده لأن المورث أخرجه من يده بإقراره للأول فأشبه مالو كان بيد المقر

(قوله قد تقطع القرائن الخ) هذا أوّل كلام الأذرعى ، فكان ينبغى تقديم قول الشارح قال الأذرعى عليه . قال الأذرعى عقب مانقله الشارح عنه : نعم لو أقر لمن لايستغرق الإرث معه إلا بيت المـال ، فالوجه إمضاؤه فى هذه الأعصار لفساد بيت المـال ، وظاهر كلامهم أنه يقبل إقراره لذوى الأرحام قطعا حيث لايرثه إلا بيت المـال ، ولا يجرى فيه الخلاف السابق مع تطرق التهمة ولا بأس به لمـا ذكرناه اه (قوله وأنه لايحل للمقرّ له أخذه) لايخفى أن حلّ الأخذ وعدمه منوط بما فى نفس الأمر (قوله وهما مستغرقان) اعلم أن فرض المسئلة فى المستغرقين لايظهر له أثر ، لأنه لو ثبت دين الزوجة بالبينة لا بالإقرار فالحكم كذلك لأنها لاتأخذ من دينها الذى على الزوج إلا مايخص غيرها من الورثة ويسقط منه مايخص إرثها كما مر فى باب الرهن فلا خصوصية للإقرار فى ذلك ، وبهذا يعلم ما فى حاشية الشيخ مما هو مبنى على أن الإقرار فى ذلك له أثر ، ولو صوّر الشارح المسئلة بغير المستغرقين لظهر الأثر كما لايخفى

وابن أقر لها بدين على أبيه وهى مصدقة له ضاربت بسبعة أثمان الدين مع أصحاب الديون لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة فى سبعة أثمان فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الجائز فى الكل. قاله البلقينى . ولو ادعى إنسان على الوارث أن مورثه أوصى له بثلث ماله مثلا وآخر بأن له عليه دينا مستغرقا وصدق الوارث مدعى الوصية ثم مدعى الدين المستغرق أو بالعكس أو صدقهما معا قدم الدين كما لو ثبتا بالبينة ولو أقرّ المريض لإنسان بدين ولو مستغرقا ثم أقر لآخر بعين قدم صاحبها كعكسه لأن الإقرار بالدين لايتضمن حجرا فى العين بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع ، ولو أقر بإعتاق أخيه فى الصحة عتق وورث إن لم يحجبه غيره ، أو بإعتاق عبد فى الصحة وعليه دين مستغرق لتركته عتق لأن الإقرار إخبار لا تبرّع (ولا يصح إقرار مكره) بما أكره عليه بغير حق لقوله تعالى ـ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ـ جعل الإكراه يسقطا لحكم الكفر فبالأولى ماسواه كأن ضرب ليقر أما مكره على الصدق كأن ضرب ليصدق فى قضية اتهم فيها فيصح حال الضرب وبعده ويلزمه ماأقر به لأنه غير مكره ، إذ المكره من أكره على شىء واحد وهذا إنما ضرب ليصدق ، ولم ينحصر الصدق فى الإقرار لكن يكره إلزامه حتى يرجع ويقرّ ثانيا ، واستشكل المصنف قبول إقراره حال الضرب بأنه قريب من المكره وإن لم يكن مكرها . وعلله بما مرّ ثم قال : وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقرّ وقال الأذرعى : الصواب فيما لو ضرب ليقرّ بالحق ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه أنه إكراه سواء أقرّ فى حال ضربه أم بعده وعلم أنه لو لم يقرّ بذلك لضرب ثانيا ، وما ذكره ظاهر جلىّ ، ولو ادعى أنه باع كذا مكرها لم تسمع دعوى الإكراه والشهادة به إلا مفصلة ، وإذا فصلا وكان أقر فى كتاب التبايع بالطواعية لم تسمع دعواه حتى تقوم بينة بأنه أكره على الإقرار بالطواعية ، قاله ابن عبد السلام فى فتاويه . وإذا فصل دعوى الإكراه صدق فيها إن ثبتت قرينة تدل عليه كحبس بدار ظالم لا على دين وكتقييد وتوكل به . قال القفال : ويسن أن لاتشهد حيث دلت قرينة على الإكراه ، فإن شهدت كتب صورة الحال لينتفع المكره بذكر القرينة ، وأخذ السبكى من كلام الجرجانى حرمة الشهادة على مقيد أو محبوس ، وبه جزم العلائى . ثم شرع فى الركن الثانى فقال (ويشترط فى المقرّ له) تعيينه

وديعة مثلا وغصبت فى حياة المورث فإنه لايلزم الوارث إعطاء بدلها من التركة (قوله ضاربت بسبعة أثمان الدين) أى دون مايستحقه من ثم الدين فلا يضارب به لعدم صحة إقرار غيرها بالنسبة له ، وهى لايقبل قولها فيه بمجرده على الغرماء فتوفى الديون مع السبعة أثمان المذكورة من التركة ، فإن بقى شىء قسم على الورثة فما يخصها من باقى الثمن الذى كانت تأخذه لولا الديون يؤاخذ به المقر حيث كان جائزا كما هو الغرض فيدفع للزوجة إن بقى بعد الديون ما بقى به (قوله كعكسه) أى كما لو أقر بعين لشخص ثم بدين لآخر (قوله ولو أقر) أى فى المرض وقوله إن لم يحجبه غيره أى بأن لم يكن له وارث يحجب الأخ كالابن ، وقوله عتق : أى وبقى الدين فى ذمته (قوله بغير حق) أى أما بحق كأن أقر بشىء مجهول ولم يبينه وطولب ببيانه فامتنع فأكره على بيانه فيصح (قوله كأن ضرب ليصدق) وظاهر جدا أن الضرب حرام فى الشقين خلافا لمن توهم حله إذا ضرب ليصدق وظاهره وإن كان الضرب خفيفا وهو ظاهر (قوله وعلله) أى وعلل كونه قريبا من المكره لا مكرها ، وقوله بما مر : أى فى قوله إذ المكره من أكره على شىء واحد (قوله أم بعده) أى وسواء كان الضارب له حاكم الشرع أم السياسة أم غيرهما كمشايخ العرب (قوله وما ذكره) أى الأذرعى وهو المعتمد ، وقوله وأخذ السبكى الخ معتمد أيضا (قوله أو محبوس) على الإقرار من مقيد أو محبوس حال إقراره (قوله وبه جزم العلائى) فقال إن ظهرت قرائن

(قوله وعلله بما مر) أى علل كونه غير مكره بما تقدم فى قوله المكره من أكره الخ كما يعلم بمراجعة كلامه

بحيث يمكن مطالبته كما يشير إليه قوله لحمل هند كعليّ مال لأحد هؤلاء العشرة ، بخلاف لواحد من البلد على ألف إلا إن كانوا محصورين فيما يظهر ، ولو قال واحد منهم أنا المعنى بذلك ولى عليك الف صدّق المقر بيمينه ولو أقر بعين لمجهول كعندى مال لا أعرف مالكه لواحد من أهل البلد نزع منه : أى نزع منه ناظر بيت المال لأنه إقرار بمال ضائع وهو لبيت المال ، والأوجه تقييد ذلك بما إذا لم يدع أو تقم قرينة على أنه لقطة و (أهلية استحقاق المقر به) حسا وشرعا إذ الإقرار بدونه كذب (فلو قال) له عليّ الألف الذى فى هذا الكيس وليس فيه شىء أو (لهذه الدابة عليّ كذا) وأطلق (فلغو) أى الإقرار لانتفاء أهلية استحقاقها لعدم قابليتها للملك حالا ومآلا ، ولا يتصور منها تعاطى السبب كبيع ونحوه بخلاف الرقيق كما سيأتى . نعم لو أضافه إلى سبب ممكن كإقرار بمال من نحو وصية صح كما قاله الماوردى ، ومحل البطلان كما قاله الأذرعى فى المملوكة ، أما الإقرار لخيل مسبلة فالأشبه فيه الصحة كالإقرار لغيره ، ويحمل على أنه من غلة وقف وقف عليها أو وصية لها ، وبه صرح الرويانى واقتضى كلامه أنه لاخلاف فيه (فإن قال) عليّ لهذه الدابة (بسببها لمالكها) كذا (وجب) لإمكانه بسبب

الإكراه ثم أقر لم تجز الشهادة عليه ، والأوجه أنه عند ظهور تلك القرائن تقبل دعواه سواء كان الإقرار للظالم المكره أو لغيره الحامل للظالم على الإكراه ، وتقدم بينة الإكراه على بينة اختيار لم يقل كان مكرها وزال إكراهه ثم أقر اهـ حج (قوله كعلى مال) مثال للتعيين (قوله فيما يظهر) وظاهر أنه فى هذه الحالة لايقبضه الحاكم منه لأنه لايقبض مال الغائبين فى الذم ، اللهم إلا أن يخشى عليه بحيث نوجب المصلحة قبضه ، وفيه نظر فليتأمل . وقوله منهم : أى من العشرة ، وقوله ناظر بيت المال الذى نقله شيخ الإسلام عن الروضة وأصلها أن القاضى يتولى حفظه اهـ سم على حج (قوله صدق المقر بيمينه) أى أنه لم يرده بالإقرار .وعبارة حج بعد ماذكر : فإن كان قال لأحدهم على ألف فلكل الدعوى عليه وتحليفه ، فإن حلف لتسعة فهل تنحصر الألف فى العاشر فيأخذه بلا يمين أو يحلف له أيضا لاحتمال كذبه فى حلفه للذى قبله ؟ كل محتمل ، ثم رأيتهم قالوا فى إن كان هذا الطائر غرابا فنسائى طوالق وإلا فعبدى حر وأشكل لو أنكر الحنث فى يمين أحدهما كان اعترافا به فى الآخر ، فقوله لم أحنث فى يمين العبد كقوله حنثت فى يمين النسوة وعكسه وهذا ظاهر فى ترجيح الأول اهـ . وهو كون العاشر يستحقه بلا يمين (قوله نزع منه) قال فى شرح الروض : فهو إقرار صحيح ، بخلاف ما يأتى قريبا من أنه لو قال على مال لرجل لايكون إقرارا لفساد الصيغة ، ويحتمل أن يقال ماهنا فى العين وما هناك فى الدين كما يشير إليه كلامه كأصله ، ثم رأيت السبكى أجاب به اهـ سم على حج (قوله وهو لبيت المال) هذا ظاهر إن أيس من معرفة صاحبه ، ويقبل تفسيره بما يأتى فيما لو أقر بمبهم ثم فسره (قوله أو تقم قرينة) فإن ادعى ذلك أو قامت عليه قرينة لم ينزع منه (قوله حسا وشرعا) أى بأن لايكذبه فيه الحس ولا الشرع ، وقول المصنف فلغو : أى لتكذيب الحس فى مسئلة الكيس والشرع فى مسئلة الدابة (قوله فالأشبه فيه الصحة) معتمد (قوله فإن قال على لهذه الدابة) تقدير هذا مع قوله أى المتن

(قوله ولى عليك عشرة) إنما احتاج لهذا لتصح الدعوى إذ لاتصح الدعوى بمجرد الإقرار كما صرحوا به فتنبه (قوله صدق المقرّ بيمينه) ولكل من العشرة الدعوى عليه وتحليفه فإن حلف لتسعة انحصر الألف فى العاشر بلا تحليف كما يميل إلى ترجيحه كلام التحفة (قوله ولو أقر بعين المجهول) خرج بالعين الدين فالإقرار به لمجهول باطل كما مر قبيله (قوله لا أعرف مالكه لواحد من أهل البلد) مثله فى التحفة وانظر ماوجه التقييد بواحد من أهل البلد وليس هو فى شرح الروض (قوله له على الألف الذى فى هذا الكيس الخ) انظر ما مناسبة إيراده هنا مع أنه سيأتى فى كلامه مبسوطا ثم ظهر أنه إنما ذكره ليمثل للمستحيل حسا (قوله عليّ لهذه الدابه) كأن الداعى له إلى ذكر هذا

جناية عليها أو استيفاء منفعتها بإجارة أو غصب ويحمل مالكها فى كلامه على مالكها حال الإقرار لأنه الظاهر ، فإن أراد غيره قبل ولولم يقل لمالكها لم يحكم بذلك لمالكها حالا بل يراجع ويعمل بتفسيره . وليس فيه إبهام المقر له إنما ربط إقراره بمعين هو هذه الدابة فصار المقر له معلوما تبعا فاكتفى به ، بخلاف مامر فى رجل من أهل هذه البلد لأنها وإن عينت ليست سببا للاستحقاق فلم تصلح للاستتباع : ولو أقر بعين أو دين لحربى ثم استرق أو بعد الرق وأسنده لحالة الحرابة كما هو ظاهر لم يكن المقر به لسيده : أى بل يوقف ، فإن عتق فله وإن مات قنا فهو فئ (وإن قال لحمل هند كذا) على أو عندى (بإرث) من نحو أبيه (أو وصية) له مقبولة (لزمه) ذلك لإمكانه والخصم فى ذلك ولى الحمل إذا وضع . نعم إن انفصل لأكثر من أربع سنين من حين الاستحقاق مطلقا أو لستة أشهر فأكثر وهى فراش لم يستحق نظير ما يأتى فى الوصية ، ثم إن استحقه بوصية فله الكل ، أو بإرث من الأب وهو ذكر فكذلك ، أو أنثى فلها النصف ، وإن ولدت ذكرا وأنثى فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى إلى وصية وأثلاثا إن أسنده إلى إرث فإن اقتضت جهة ذلك التسوية كولدى أم سوّى بينهما فى الثلث ، وإن أطلق الإرث سألناه عن الجهة وعملنا بمقتضاها ، فإن تعذرت مراجعة المقر . قال فى الروضة : فينبغى القطع بالتسوية . قال الأسنوى : وهو متجه (وإن أسنده إلى جهة لاتمكن فى حقه) كقوله باعنى شيئا (فلغو) أى الإقرار للقطع

بسببها لمالكها لايخفى مافيه من الحزازة اهـ سم على حج . أقول : ومع ذلك فيمكن توجيهه بأن قوله لمالكها بدل من لهذه الدابة (قوله فإن أراد غيره) أى كأن قال أردت من انتقلت منه إلى من هى تحت يده الآن وإن طالت مدة كونها فى ملك من هى تحت يده (قوله ولو لم يقل لمالكها) بل قال على بسبب هذه الدابة (قوله لمالكها حالا) أى بل ولا لمالكها مطلقا لجواز أن تكون فى يده بنحو إعارة أو غصب فأتلفت شيئا فهومضمون عليه لمالكه لا لمالكها فيستفسر ويعمل بتفسيره اهـ سم على حج عن شرح البهجة بالمعنى (قوله لأنها) أى البلد وقوله ثم استرق أى الحربى (قوله فإن عتق فله) وهذا إذا كان المدين المقر مسلما ، فإن كان حربيا سقط المدين باسترقاق الدائن لما ذكروا فى السير أن المتداينين الحربيين يسقط الدين باسترقاق أحدهما اهـ سم على حج (قوله مطلقا) أى سواء كانت فراشا أولا (قوله فكذلك) أى فله الكل حيث كان مستغرقا (قوله فإن اقتضت جهة ذلك) أى الإرث (قوله فإن تعذرت مراجعة المقر) أو روجع ولم يتفق منه بيان لدعواه عدم معرفة السبب أو موته بعد المراجعة وقبل بيانه ، وقوله وهو متجه هو المعتمد (قوله فلغو) يوجه كلام القائل بلغوية الإقرار بأن مسئلة المتن فيها صلاحية

التصوير مجاراة ظاهر المتن وإلا فعبارة الروض كغيره فلو قال على لمالكها بسببها ألف اهـ . على أنه قد يتوقف فى هذا التصوير الذى ذكره الشارح تبعا للشهاب حج من حيث الحكم والإعراب (قوله لأنها وإن عينت غير سبب للاستحقاق) أى لأنه وإن عينها فى إقراره لم يجعلها سببا للاستحقاق كالدابة وإنما ذكرها لمجرد التعريف ، وقضيته أنه لو جعلها سببا للاستحقاق كالدابة يأتى فيها أحكامها وهو ظاهر (قوله بإرث أو وصية) أى مثلا (قوله من الأب) أى مثلا كما علم مما مر (قوله أو بإرث من الأب وهو ذكر فكذلك) أى وإن كان هناك وارث غيره كما هو ظاهر ووجه احتمال أخذ غيره حصته إذ الصورة أنه أقر لخصوص الحمل لكن هذا ينافيه قوله عقبه أو أنثى فلها النصف فتعين أن الصورة أنه لا وارث غيره (قوله فينبغى القطع بالتسوية) ظاهره فى الكل ، وقد يتوقف فيه لأن التسوية لاتكون إلا فى إخوة الأم ، ومعلوم أنها فى الثلث فقط فانظر المراد (قوله باعنى شيئا) أى به

بكذبه بذلك كذا فى الروضة وقطع به فى المحرر ، والذى فى الشرحين فيه طريقان أصحهما للقطع بالصحة ، والثانى على القولين فى تعقيب الإقرار بما يرفعه . قال الأذرعى : وطريقة الترجيح جزم بها أكثر العراقيين ، وطريقة القطع بالصحة ذكرها المراوزة ، وماصححه النووى ممنوع ، ولم أر من قطع بإلغاء الإقرار وما عزاه للمحرر بناه على فهمه من قول المحرر وإن أسنده إلى جهة لاتمكن فهو لغو من أنه أراد فالإقرار لغو وليس مرادا بل مراده فالإسناد لغو بقرينة كلام الشرحين اه . وذكر مثله صاحب الأنوار والزركشى واستحسنه الشيخ ، هذا والمعتمد الأول ، ويوجه بأن قرينة حال المقر له ملغية للإقرار له ، وتقريره إنما يحسن عند الإطلاق دون التقييد بجهة مستحيلة ، بخلاف ألف من ثمن خمر فإنه لاقرينة فى المقر له ملغية فعمل به وألغى المبطل ، وهذا معنى ظاهر يصح الاستمساك به فى الفرق ، فتغليط المصنف فى فهمه ليس فى محله ، وقول بعضهم ويمكن الجمع بينهما بحمل بطلان الإقرار على تقديم المنافى كله على ثمن ما باعه إلى ألف كنظيره فى باعنى خمرا بألف وحمل بطلان الإسناد فقط على تأخيره كله على ألف أقرضنيه كنظيره فى له على ألف من ثمن خمر غير صحيح لما فيه من تسليم كون اللاغى الإسناد لا الإقرار ، ومن المستحيل شرعا أن يقر لقن عقب عتقه بدين أو عين ، والأوجه تقييده بمن لم تعلم حرابته وملكه قبل لما مر فيه بخلاف من احتمل فيه ذلك ، وأن يثبت له دين بنحو صداق أو خلع أو جناية فيقر به لغيره عقب ثبوته لعدم احتمال جريان ناقل حينئذ ، ومن ذلك أيضا أن يقر عقب إرثه لآخر بما يخصه (وإن أطلق) الإقرار بأن لم يسنده إلى شىء (صح فى الأظهر) ويحمل على الممكن فى حقه وإن ندر كوصية أو إرث صونا لكلام المكلف عن الإلغاء ما أمكن ، والثانى لا يصح لأن الغالب أن المال لايجب إلا بمعاملة أو جناية وهما منتفيان فى حقه فحمل الإطلاق على الوعد

اللفظ لغير الحمل فبطلانه لعارض ، بخلاف نحو من ثمن خمر فإنه لايصح لشخص دون غيره بل ممنوع لكل أحد ، فقوى أول اللفظ ولغا آخره اه مؤلف (قوله وطريقه الترجيح) أى الحاكية للقولين كما يدل له قوله وما صححه ممنوع الخ وقوله من أنه : أى المحرر وقوله وما عزاه : أى للنووى (قوله والمعتمد الأول) هو قوله أى الإقرار للقطع بكذبه الخ (قوله وتقريره) أى إثبات ماقاله المقر ، وقوله فعمل به : أى الإقرار ، وقوله وألغى المبطل وهو من ثمن الخ (قوله كله) أى كقوله له الخ ، وقوله وملكه قبل : أى قبل الإرقاق ، وقوله وأن يثبت عطف على أن يقر الخ (قوله ومن ذلك أيضا) لعل محله مالم يرد الإقرار بدليل ما يأتى أول فصل يشترط فى المقر به عن الأنوار فى الدار التى ورثتها من أبى لفلان أنه إقرار إن كان شاملا للإقرار عقب الإرث اه سم على حج

(قوله قال الأذرعى الخ) عبارة الأذرعى : وأراد المصنف فالإقرار لغو كما عزاه فى الروضة للمحرر وفيه نظر والأقرب أن مراد المحرر فالإسناد لغو ويؤيده قول الشرحين إنا إذا صححنا الإقرار المطلق كما هو الأظهر فهنا طريقان أصحهما القطع بالصحة والثانية على القولين فى تعقيب الإقرار بما يرفعه ، وطريقة التخريج مشهورة جزم بها أكثر العراقيين وغيرهم وأما القطع بإلغاء الإقرار فلم أره لأحد. نعم من صحح البطلان عند الإطلاق يقول بالبطلان عند هذا الإسناد ، وأما طريقة القطع بالصحة فذكرها المراوزة اه المقصود منها (قوله وقول بعضهم) يعنى الشهاب حج (قوله لما فيه من تسليم كون اللاغى الإسناد) أى فى أحد الشقين ، قال الشهاب سم : وأقول هو اعتراض عجيب فأى محذور فى ذلك التسليم فى الجملة حتى يقتضى عدم صحة ذلك الجمع فعليك بالتأمل الصحيح اه (قوله أن يقر عقب إرثه لآخر بما يخصه) خرج به ما إذا أقر له بعين فظاهر أنه يؤاخذ بإقراره ، وظاهر أيضا أنه لايصح الإقرار فيما ذكره الشارح وإن أراد المقر الإقرار لاستحالة أن خصوص مايخصه بالإرث للغير إذ الصورة أنه لم يتميز له ،

وعلى الأول لو انفصل الحمل ميتا فلا شيء له للشك فى حياته ، فيسأل القاضى المقر حسبة عن جهة إقراره من إرث أو وصية ليصل الحق لمستحقه ، وإن مات قبل البيان بطل كما صرح به البغوى ، وغيره ولو ألقت حيا وميتا جعل المال للحى إذ الميت كالمعدوم ، ولو قال لهذا الميت على كذا فى البحر عن والده أن ظاهر لفظ المختصر يقتضى صحة الإقرار وأنه يمكن القطع بالبطلان لأن المقر له لايتصور ثبوت الملك له حين الإقرار اهـ . والأوجه الأول . والإقرار لرباط أو قنطرة أو مسجد كالإقرار للحمل ، أما إذا أسنده لممكن بعد الإقرار فيصح جزما كما لو أقر لطفل وأطلق . ويشترط لصحة الإقرار عدم تكذيب المقر له كما يؤخذ من قوله (وإذا كذب المقر له المقر) بمال (ترك المال) المقر به (فى يده) فى صورة العين ولم يطالب بالدين فى صورته (فى الأصح) لأن يده مشعرة بالملك ظاهرا والإقرار بالطارئ عارضه التكذيب فسقط ، ومن ثم كان المعتمد أن يده تبقى عليه يد ملك لامجرد استحفاظ ، وما بحثه الزركشى من حرمة وطئه لإقراره بتحريمه عليه بل قال ينبغى تحريم جميع التصرفات حتى يرجع يرد بأن التعارض المذكور أوجب له العمل بدوام الملك ظاهرا فقط ، وأما باطنا فالمدار فيه على صدقه وعدمه ولو ظنا ، وحينئذ فلا يصح ماذكره بإطلاقه ، والثانى ينزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكه (فإن رجع المقر فى حال تكذيبه) مصدر مضاف للمفعول (وقال غلطت) فى الإقرار أو تعمدت الكذب « قبل قوله فى الأصح) لما مر من أن يده عليه يد ملك . والثانى لا بناء على أن الحاكم ينزعه منه إلى ظهور مالكه ، أما رجوع المقر له وإقامة بينة به فلا يقبل منه حتى يصدقه ثانيا لأن نفيه عن نفسه بطريق المطالبة ونفى المقر بطريق الالتزام فكان أضعف ، ولو أقرت له امرأة بالنكاح وأنكر سقط حقه ، قال المتولى : حتى لو رجع بعد وادعى نكاحها لم تسمع مالم يدع نكاحا مجددا . وإنما احتيج لهذا الاستثناء لأنه يعتبر فى صحة إقرار المرأة بالنكاح تصديق الزوج لها فاحتيط له بخلاف غيره ، ولو أقر لآخر بقصاص أو حد قذف وكذبه سقط وكذا حد سرقة وفى المال مامر من كونه يترك

(قوله فيسأل القاضى) أى وجوبا فيما يظهر (قوله ليصل الحق لمستحقه)وهو ورثة أبى الحمل إن قال أستحقه بإرث وورثة الموصى إن قال بوصية (قوله وإن مات) أى المقر (قوله فى البحر) أى للرويانى (قوله والأوجه الأول) أى فيدفع المقر به لورثة الميت ، والأول هو قوله يقتضى صحة الإقرار (قوله كالإقرار للحمل) أى فيأتى فيه تفصيله المتقدم (قوله وإذا كذب المقر له) زاد حج أو وارثه (قوله بمال) ومثل المال الاختصاص ، ولو أقر له بموجب عقوبة ورد لايستوفى منه فالتقييد بالمال إنما هو لقول المصنف ترك المال الخ ، وإلا فيشترط لصحة الإقرار عدم التكذيب مطلقا كما مر (قوله فلا يقبل منه) ظاهره وإن بين لتكذيبه وجها محتملا ، وقياس نظائره أن تسمع دعواه وبينته إن بين ذلك (قوله حتى يصدقه) أى المقر ، وقوله وإنما احتيج لهذا الاستثناء هو قوله مالم يدع نكاحا ، وقوله وكذبه : أى المقر له ، وقوله لم يقبل فيما عينه : أى المقر له .

وبهذا يعلم الفرق بين ماهنا وبين ما سيأتى فى دارى التى ورثتها من أبى لفلان ، وإن توقف الشهاب سم فى الفرق بينهما (قوله بعد الإقرار) متعلق بأسنده ، وعبارة الأذرعى : والقولان إذا أطلق ولم يبين بعد أما إذا بين بعد ذلك وجها صحيحا عمل به بلاخلاف اهـ (قوله كما لو أقر لطفل وأطلق) أى فيصح جزما (قوله ونفى المقر) أى عن نفسه : يعنى الذى تضمنه إقراره للغير إذ يلزم من إقراره به للغير أنه ليس له (قوله فكان أضعف) أى فلهذا قبلنا رجوعه (قوله لهذا الاستثناء) يعنى المشار إليه بقوله مالم يدع نكاحا مجددا ، وعبارة شرح الروض إلا أن يدعى الخ ، والتعبير بالاستثناء عليها ظاهر .

فى يده ، ولو أقر له بعبد فأنكره لم يحكم بعتقه لأنه محكوم برقه فلا يرفع إلا بيقين ، بخلاف اللقيط فإنه محكوم بحريته بالدار ، فإذا أقر ونفاه المقر له بقى على أصل الحرية ، ولو أقر له بأحد عبدين وعينه فرده وعين الآخر لم يقبل فيما عينه إلا ببينة وصار مكذبا للمقر فيما عينه له . ثم شرع فى الركن الثالث مترجما له بفصل فقال :

فصل فى الصيغة

وشرطها لفظ أوكتابة ولو من ناطق أو إشارة أخرس تشعر بالالتزام بحق فحينئذ (قوله لزيد) على ألف فيما أحسب أو أظن لغو ، أو فيما أعلم أوأشهد صحيح ، وقوله ليس لك على ألفان ولكن لك ألف درهم لم يجب مابعد لكن لمناقضة ماقبلها لها أخذا مما يأتى فى الاستثناء من نفى خاص وقوله لزيد (كذا صيغة إقرار) إذ اللام للملك ، ثم إن كان ذلك معينا كلزيد هذا الثوب فإن كان بيده حال الإقرار أو انتقل إليه لزمه تسليمه لزيد أو غيره كله ثوب أو ألف اشترط أن ينضم إليه شىء مما يأتى كعندى أو على لأنه مجرد خبر لايقتضي لزوم شيء للمخبر ، ولهذا التفصيل ذكر كونه صيغة ولم يذكر اللزوم . نعم إن وصل به مايخرجه عن الإقرار كله على كذا بعد موتى أو إن فعل كذا لم يلزمه شىء كما بحثه الأذرعى ، والثانية مأخوذة مما يأتى فى نحو إن شاء الله تعالى أنه ليس من تعقيب

(فصل) فى الصيغة

(قوله فى الصيغة) لعل وجه تأخيرها إلى هنا تقدم كل من المقر والمقر له عليها وابتدأ بها فى المنهج لما تقدم فى أول البيع من أنه لايتحقق كون العاقد عاقدا إلا بالصيغة فهى متأخرة بالوجود متقدمة فى الاعتبار (قوله وشرطها لفظ) أى كونها لفظا وإلا فاللفظ هو ذات الصيغة ، والمراد باللفظ أعم من أن يكون صريحا أو كناية (قوله تشعر) أى المذكورات من اللفظ الخ (قوله فيما أحسب أو أظن لغو) أى لعد إشعارهما بالإلزام (قوله ليس لك الخ) عبارة حج : ولو قال ليس لك على شىء بدل ألفان والتناقض عليها قريب فى الجملة بخلاف ماذكر (قوله لمناقضة ماقبلها لها) قد يدفع ما ذكر بما يأتى من أنه لو أتى بكلام فى جملتين عمل بما يضره تقدم أو تأخر إلا أن يقال هاتان الجملتان بمنزلة جملة واحدة لأن لكن بمنزلة إلا الاستثنائية ومع ذلك فيه شىء ، وكان الأولى أن يعلل بمثل ماعلل به سم وهو أن قوله ليس له علىّ ألفان لكن له علىّ ألف بمنزلة ليس له علىّ عشرة إلا خمسة واللازم فيها خمسة فقط ، لأن عشرة إلا خمسة هى خمسة فكان قوله ليس له علىّ عشرة الخ كقوله ليس له على خمسة وقوله ليس له على ألفان الخ بمنزلة ليس له على ألف ، ومع هذا قال سم : قد يفرق بين ليس له على عشرة إلا خمسة ، وقوله ليس له ألفان لكن له ألف انتهى . قال : وهو الأقرب . أقول : ولعل وجهه أن آحاد العشرة تستثنى منها عرفا فى الاستعمال ، ويقال له علىّ عشرة إلا واحدا مثلا ، والألف لا تستثنى من الألفين فما فوقها بل يقال له على ألف أو له علىّ ألفان بدون استثناء (قوله أو غيره) أى غير معين وقوله هى بمعنى أو أى الواو

(فصل) فى الصيغة

(قوله وليس لك علىّ شىء ولكن لك ألف درهم الخ) كذا فى هذه النسخة وفى النسخة التى كتب عليها الشيخ مانصه ولو قال لك علىّ ألفان ولكن لك علىّ ألف الخ ، وكأن الشارح أصلح عليه النسخة بعد أن كان تبع التحفة لقول الشهاب سم لايخفى إشكاله ومخالفته لقولهم الآتى فى فصل الاستثناء إنه لو قال ليس له علىّ شىء إلا خمسة لزمه خمسة إلى أن قال نعم لو قال ليس لك علىّ ألفان ولكن لك علىّ ألف كان عدم الوجوب ممكنا لأنه مثل ليس لك علىّ عشرة إلا خمسة وسيأتى فيه أنه لايجب شىء لأنه بمنزلة ليس لك علىّ خمسة . قال ويحتمل الفرق ولعله

الإقرار بما يرفعه ، وقول الشارح على أو عندى بعد كلام المصنف أشار به إلى نفى توهم أن مقول القول كذا فقط (وقوله على وفى) هى بمعنى أو كالتى بعدها (ذمتى كل) على انفرادها (للدين) الملتزم فى الذمة إذ هو المتبادر منه عرفا ، فإن ادعى إرادته العين قبل فى على فقط لإمكانه : أى على حفظها (ومعى) ولدىّ (وعندى) كل علىّ انفرادها (للعين) لذلك فيحمل كل منهما عند الإطلاق على عين له بيده ، فلو ادعى أنها وديعة وأنها تلفت أو أنه ردها صدق بيمينه وقبلى بكسر أوله صالح لهما كما رجحاه وهو المعتمد ، فإن أتى بلفظ يدل عليهما كقوله على ومعى عشرة فالقياس أنه يرجع إليه فى تفسير بعض ذلك بالعين وبعضه بالدين (ولو قال لى عليك ألف) أو اقض الألف الذى لى عليك فقال لايلزمنى اليوم تسليم ذلك لم يكن إقرارا لانتفاء ثبوته بالمفهوم : أى لضعف دلالته فيما المطلوب فيه اليقين أو الظن الغالب وهو الإقرار ، وبذلك يندفع قول التاج السبكى مضعفا له ، وهذا يقوله من يقصر المفاهيم على أقوال الشارع ، ووجه اندفاعه أنه يأتى حتى على الأصح المقرر فى الأصول أن المفهوم يعمل به فى غير أقوال الشارع لما قررناه من خروج الإقرار عن ذلك بمزيد احتياط ، ومن ثم أطلق الشافعى رضى الله عنه أنه إنما يأخذ فيه باليقين ولا يستعمل الغلبة ، لكن مراده ما تقرر من إلحاق الظن القوىّ باليقين كما صرّحوا به فى أكثر مسائله ، ويؤيد ماذكر قولهم لو قال لى عليك ألف فقال ليس لك أكثر من ألف لم يلزمه شىء لأن نفى الزائد عليه لايوجب إثباته ولا إثبات ما دونه ، ولو قال لزيد علىّ أكثر مما لك بفتح اللام لم يكن إقرارا ، بخلاف مالو كسرها فإنه إقرار لزيد. لايقال يؤيد ما قاله التاج قول الروضة لوقال أقرضتك كذا

(قوله قبل فى علىّ فقط) أى بخلاف مالو قال فى ذمتى فلا يقبل منه إن ذكره منفصلا ، وكذا فيما لو ذكره متصلا أو قال له علىّ ألف فى ذمتى وديعة فإنه يقبل كما يأتى له فى قوله بعد قول المصنف فصل قال له عندى سيف فى غمد الخ فإن كان قال له فى ذمتى أو دينا صدق المقرّ له من قوله ، بخلاف مالو قال له علىّ ألف فى ذمتى أو دينا وديعة فلا يقبل متصلا ولا منفصلا على ماقاله بعض المتأخرين ، فأشبه مالو قال له علىّ ألف من ثمن خمر لكن الأوجه قبوله متصلا لا منفصلا اه (قوله كل على انفرادها) أى من علىّ وفى ذمتى وهو مستفاد من قوله أولا هى بمعنى أو (قوله أوأنه ردّها) أى بعد ذلك فى زمن يمكن فيه الرد (قوله صالح لهما) أى للدين والعين (قوله بالعين) أى فيقبل دعواه التلف والرد للعين التى فسر بها (قوله أو اقض) قسيم لقوله ولو قال لى عليك (قوله وبذلك) اسم الإشارة راجع لقوله لانتفاء ثبوته (قوله وهذا) أى كونه ليس إقرارا (قوله إنما يأخذ فيه) أى الإقرار (قوله لكن مراده) أى الشافعى (قوله ويؤيده ماذكر) أى من أنه ليس إقرارا (قوله لم يكن إقرارا) أى لأنه مع فتح اللام صادق بكل ماينسب لزيد وإن لم يكن من جنس مايقر به كالعلم والشجاعة (قوله فإنه إقرار لزيد) أى ويلزمه له مافسره به وإن لم يتمول كما يأتى للشارح (قوله لايقال يؤيد ماقاله التاج) وهو قوله وهذا

أقرب اه (قوله أشار به إلى نفى توهم أن مقول القول كذا فقط) الأصوب أن يقول نفى توهم أن مقول القول لزيد كذا فقط (قوله وأنها تلفت أوأنه ردها) أى إذا ادعى ذلك بعد مضىّ زمن يمكن فيه التلف أو الرد كما هو واضح (قوله فالقياس أنه يرجع إليه فى تفسير بعض ذلك الخ) كأن المراد أن هذه الصيغة عند الإطلاق تكون إقرارا بالعين والدين معا لكنه مبهم فيرجع إليه فى تفسير مقدار العين ومقدار الدين ، وإلا فوضع الأول الدين والثانى العين فلا يحتاج فى انصرافه إليهما إلى رجوع إليه ، وظاهر أنه لو فسر ذلك بالعين فقط يقبل أخذا مما مر قبيله أنه يقبل فى تفسير على بالعين ، بل نقل الشهاب سم عن الشارح أنه لو فسر معى وعندى بما فى الذمة قبل لأنه غلظ

فقال ما اقترضت غيره كان إقرارا به ، ففيه ثبوت الإقرار بالمفهوم لأنا نمنع التأييد ، إذ هذا فى قوة ما اقترضت إلا هو، ومفهوم هذه الصيغة وهى ثبوت اقتراضه أعلى المفاهيم، بل ذهب جمع إلى صراحته فلا يقاس به مفهوم الظرف المختلف فى حجيته ، ولا يرد على هذا قوله إن المفهوم من هذه الألفاظ عرفا الإقرار ، وهذا صريح فى العمل فيه بالمفهوم لأن محله فى ألفاظ اطرد العرف فى استعمالها مرادا منها ذلك ، وهذا لا نزاع فى العمل به ، وكلامنا فى مفهوم لفظ لم يطرد العرف فى قصده منه ، ولو قال له أحد تينك الصيغتين (فقال) مع خمسين أو (زن أو خذ أو زنه أو خذه أو اختم عليه أو اجعله فى كيسك) أو هو صحاح أو مكسرة (فليس بإقرار) لأنه ليس بالتزام وإنما يذكر فى معرض الاستهزاء (ولو قال) فى جواب لى عليك مائة أو أليس لى عليك مائة (بلى أو نعم أو صدقت) أو أجل أو جير أو إى (أو أبرأتنى منه أو قضيته) أو اقضى غدا وإن لم يأت بضمير وقياسه إن قضيت بدون ضمير كذلك (أو أنا مقر به) أولا أنكر ماتدعى به (فهو إقرار) لأن الستة الأول موضوعة للتصديق . نعم لو اقترن بواحد مما ذكر كصدقت ونحوه قرينة استهزاء كإيراد كلامه بنحو هز رأس وضحك مما يدل على التعجب والإنكار لم يكن به مقرا ، ولأن دعوى الإبراء أو القضاء اعتراف بالأصل ، ولو حذف منه لم يكن إقرارا لاحتماله الإبراء من الدعوى وهو لغو ، وكذا أقر أنه أبرأنى أو استوفى منى كما أفتى به القفال ، وهى حيلة لدعوى البراءة مع السلامة من الالتزام ، ويلحق به أبرأتنى من هذه الدعوى ، ولأن الضمير فى به عائد للألف المدعى بها فلا حاجة لقوله لك كما أجاب به السبكى عن قول الرافعى يحتمل أنه مقر لغيره عند حذف لك ، ولو سأل الحاكم المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندى كان إقرارا ، قاله السبكى ، ولو قال إن شهدا على بكذا صدقتهما أو قالا ذلك فهو عندى أو صدقتهما لم يكن إقرارا لانتفاء الجزم ولأن الواقع لايعلق ، بخلاف فهما صادقان لأنهما

يقول الخ (قوله تينك) هما قوله لى عليك ألف وقوله أو اقض الألف الذى لى الخ (قوله أو أليس لى عليك) الأولى عدم ذكر هذه لما يأتى فى قول المصنف ولو قال أليس لى عليك كذا الخ من حكاية الخلاف فى نعم ، بل لا حاجة إلى قوله أيضا ولو قال فى جواب لى عليك مائة لأنه مستفاد (قوله موضوعة للتصديق) قد يقال فى نعم وما بعدها نظر بالنسبة لقوله أليس لى عليك لأنه نفى وتصديق النفى ليس إقرارا ، وسيأتى الجواب عنه فى كلام الشارح بأن الإقرار مبنى على العرف (قوله لدعوى البراءة) أى أو الاستيفاء وقوله ويلحق به : أى بقوله لم يكن إقرارا وقوله المدعى بها الأولى به لأن الألف مذكر وقوله وكذا أقر : أى ليس إقرارا (قوله فهما صادقان) قال سم على منهج بعد مثل ما ذكر : وينبغى وفاقا لمر أن الحكم كذلك وإن كان لاتقبل شهادته كعبد وصبى فلينظر ، ولعل الفرق بين مالو قال إن شهدا على بكذا صدقتهما وبين إن شهدا على فهما صادقان أن الجواب فى قوله فهما صادقان اسمية مدلولها الثبوت وهو لايعلق فيؤول بأن المعنى إن شهدا على قبلت شهادتهما لأنهما صادقان ومتى كان صادقين كان ذلك إقرارا منه باعترافه بالحق ، بخلاف صدقتهما فإن المعنى فيه إن شهدا

على نفسه (قوله ولا يرد على هذا قولهم) أى فى شأن ألفاظ ذكروا أنها إقرار مما سيأتى وغيره (قوله لأن محله فى ألفاظ اطرد العرف) الخ أى فليس المراد منه المفهوم الاصطلاحى الذى هو دلالة اللفظ فى غير محل النطق ، بل المراد منه أن هذا اللفظ غلب استعماله فى هذا المعنى بحيث صار لايفهم منه عند الإطلاق إلا هذا المعنى ، لكن قوله وكلامنا فى مفهوم لفظ الخ قد لايوافق ذلك فليحرر (قوله فى جواب لى عليك مائة) الأولى ألف لأنها التى فى المتن ولمراعاة تذكير الضمير فى المتن (قوله وإن لم يأت بضمير) أى وهذا بخلاف ما إذا وقع فى جواب اقض الألف الذى لى عليك كما سيأتى عن الأسنوى .

لايكونان صادقين إلا إن كان عليه المدعى به الآن فيلزمه وإن لم يشهدا ، فلو قال فهما عدلان فيما شهدا به فالأوجه أنه كقوله فهما صادقان لأنه بمعناه ، ولو قال لمن شهد عليه هو عدل أو صادق فليس بإقرار حتى يقول فيما شهد به ولو ادعى عليه بعين فقال صالحنى عما كان على فهو إقرار بمبهم له المطالبة ببيانه ، ويفارق كان لك عندى أو على ألف بأنه لما لم يقع جوابا عن شىء كان باللغو أشبه ، ولو ادعى عليه ألفا فأنكر فقال اشتر هذا منى بالألف الذى ادعيته كان إقرارا به كبعنى بخلاف صالحنى عنه به إذ ليس من ضرورة الصلح كونه بيعا حتى يكون ثم ثمن بخلاف الشراء ، ولو قال فى جواب دعواه لاتدم المطالبة وما أكثر ماتتقاضى لم يكن إقرارا لانتفاء صراحته ، قاله ابن العماد ، ولو قال فى جواب دعوى عين بيده اشتريتها أو ملكتها منك أو من وكيلك كان إقرارا لتضمنه ذلك الملك للمخاطب عرفا ولم ينظروا إلى احتمال كون المخاطب وكيلا فى البيع ولا إلى احتمال كون الوكيل باع ملك غير المخاطب لبعده عن المقام ، بخلاف قوله ملكتها على يدك لايكون إقرارا لأن معناه كنت وكيلا فى تمليكها ، ولو طالبه بوفاء شىء فقال بسم الله لم يكن إقرارا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى (ولو قال أنا مقر) ولم يقل به (أو أنا أقر به فليس بإقرار) لصدق الأول بإقراره ببطلانه أو بوحدانيته تعالى ولاحتمال الثانى للوعد بالإقرار فى ثانى الحال ، ولا يرد على ذلك قولهم فى لا أنكر ماتدعيه أنه إقرار مع احتمال الوعد لأن العموم إلى النفى أسرع منه إلى الإثبات بدليل النكرة فإنها تعم فى حيز النفى دون الإثبات : وما شكك به الرافعى من فرض كون الفرق مبينا لكنه غير ناف للاحتمال وقاعدة الباب مبنية على اليقين ، أجيب عنه بأن المفهوم عرفا من لا أنكر ما تدعيه أنه إقرار بخلاف أنا أقر به (ولو قال أليس) أو هل كما فى المطلب (لى عليك كذا فقال بلى أو نعم فإقرار) لأنه المفهوم من ذلك (وفى نعم وجه) لأنها فى اللغة تصديق للنفى المستفهم عنه بخلاف بلى فإنها رد له ونفى النفى إثبات ، ولهذا جاء عن ابن عباس

على نسبتهما للصدق وذلك لايلزم منه الدلالة على صدقهما (قوله فيما شهدا به) فإن أسقط فيما شهدا به لم يكن إقرارا اهـ حج . قال فى شرح الروض : ولو لم يأت بصيغة الشهادة بل قال إذا قال زيد إن لعمرو على كذا فهو صادق كان الحكم كذلك كما قاله ابن العماد اهـ . ومنه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن رجلا اتهم بمتاع إنسان فشهد عليه شخص بأنه رأى بعض المتاع عنده فقال المدعى عليه إن حلف هذا الشاهد أنه رأى عندى هذا المشهود به فهو صادق وهو أن يكون مقرا بذلك وإن لم يحلف الشاهد ، لأنه إذا حكم بصحة الإقرار بمجرد التعليق على الإخبار الخالى عن اليمين فمع الإخبار على التعليق باليمين يكون كذلك (قوله له المطالبة ببيانه) قضية كونه تفسير المبهم أن يقبل تفسيره بما لايتمول كحبة بر وفيه أن غير المتمول لايصح الصلح عنه بمال لأن الصلح عن العين أو الدين بمال بيع وما لايتمول لايصح بيعه فلعل المراد أنه يصح تفسيره بما يصح الصلح عنه بمال فليحرر (قوله وما أكثر ماتتقاضى) أى تطلب وقوله دعوى عين بيده أى المدعى عليه (قوله فقال بسم الله) ومثله مالو قال على الرأس والعين بالأولى (قوله مبينا) أى واضحا (قوله أو نعم) قال سم على منهج : ولو وقعا : أى نعم وبلى فى جواب الخبر المنفى نحو ليس لى عليك ألف . قال الأسنوى : فيتجه أن يكون إقرارا مع بلى بخلاف نعم بر اهـ . أقول : ولعل الفرق بينهما أن نعم لإثبات النفى وتقريره فكأنه قال نعم ليس لك على شىء ، وبلى لرده فكأنه قال لك على لأنه إذا رد النفى فقد أثبت نقيضه وهو ما نفاه ، ولعل الأسنوى جار على مقتضى اللغة لأن الألفاظ إذا أطلقت حملت على حقائقها اللغوية مالم يرد ما يخالفه ، وفى أليس قد يدعى وجود عرف يخالف اللغة ، ولعله عدم تفرقة حملة الشريعة بين بلى ونعم فى أليس كما أشار إليه بقوله لأنه المفهوم من ذلك (قوله بخلاف بلى) وقد نظم هذا المعنى شيخنا العلامة الأجهورى فقال :

رضى الله عنهما فى آية ـ ألست بربكم ـ لو قالوا نعم كفروا ، ورد هذا الوجه بأن الأقارير ونحوها مبنية على على العرف المتبادر من اللفظ لا على دقائق العربية وعلم منه عدم الفرق بين النحوى ، وغيره خلافا للغزالى ومن تبعه ، ويفرق بينه وبين نظيره فى الطلاق من الفرق بينهما فى أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الهمزة بأن المتبادر هنا عند النحوى عدم الفرق لخفائه على كثير من النحاة بخلافه ثم ، ولا ينافى ما تقرر قول ابن عبد السلام لو لقن العربى كلمات عربية لايعرف معناها لم يؤاخذ بها لأنه لما لم يعرف مدلولها يستحيل عليه قصدها لأن هذا اللفظ يفهمه العامى أيضا وكلام ابن عبد السلام فى لفظ لايعرفه العامى أيضا ، والأوجه أن العامى غير المخالط لنا يقبل دعواه الجهل بمدلول أكثر ألفاظ الفقهاء ، بخلاف المخالط لنا لايقبل فى الخفى الذى لايخفى على مثله معناه (ولو قال اقض الألف الذى لى عليك) أو أخبرت أن لى عليك ألفا (فقال نعم) أو جير أو بلى أو إى (أو أقضى غدا) ذلك أو نحوه مما يخرجه عن احتمال الوعد كما بحثه الأسنوى (أو أمهلنى) فى ذلك (يوما أو حتى أقعد أو أفتح الكيس أو أجد) أى المفتاح (فإقرار فى الأصح) لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفا . والثانى لا لأنها ليست صريحة فى الالتزام ، ولو قال اكتبوا لزيد على ألف درهم فليس بإقرار كما قاله الزبيلى لأنه إنما مر بالكتابة فقط ، ولو قال اشهدوا على بكذا كان إقرارا كما أفتى به الغزالى واعتمده الوالد رحمه الله تعالى فى فتاويه آخرا ولا يعارض ما أفتى به من أنه لو قال اشهدوا على أنى وقفت جميع أملاكى وذكر مصرفها ولم يحدد شيئا منها صارت جميع أملاكه التى يصح وقفها وقفا ولا يضر جهل الشهود بحدودها ولا سكوته عنها ، ومهما شهدوا بهذا اللفظ ثبت الوقف ما فى فتاوى البغوى لو قال المواضع التى أثبت أساميها وحدودها فى هذا ملك لفلان وكان الشاهد لايعرف حدودها ثبت الإقرار ، ولم تجز الشهادة عليها : أى بحدودها وتجوز على تلفظه بالإقرار ، وأفتى السبكى بأن قوله مانزل فى دفترى صحيح يعمل به فيما علم أنه به حالة الإقرار ويوقف ماحدث بعده أو شك فيه قال غيره وفى وقف ماعلم حدوثه نظر اهـ .وهو ظاهر ، ولو قال لى عليك عشرة دنانير فقال صدق له على عشرة قراريط لزمه كل منهما غير أن القراريط مجهولة . ثم شرع فى الركن الرابع وهو المقر به مترجما عنه بفصل فقال :

نعم جواب للذى قبله ... إثباتا أو نفيا كذا قرروا
بلى جواب النفى لكنه ... يصير إثباتا كذا حرروا

(قوله وغيره) أى فى كون نعم وبلى إقرارا (قوله بينهما) أى النحوى وغيره (قوله أو نحوه) أى كقوله حتى يتيسر أو إذا جاءنى مال قضيت (قوله ما أفتى به) أى الوالد (قوله فى هذا) أى المكتوب مثلا (قوله وتجوز على تلفظه بالإقرار) لم يبين وجه عدم المعارضة ولعله أن الشهادة إنما امتنعت فى مسئلة البغوى لأن المقر لم يبين شيئا من الحدود حتى يشهد به ، وجازت فيما أفتى به والده لأنهم إنما يشهدون على مجرد أنه وقف ما يملكه ولم يثبتوا شيئا بخصوصه أنه ملكه ، وعليه فما ثبت أنه ملكه ثبت وقفه وما لا فلا (قوله ويوقف) أى عن العمل به (قوله وهو ظاهر) أى بل هو لغو ، ويجزم بعدم الوقف ، لأن معنى ما نزل أى الذى هو منزل فى دفترى الآن ، وهو لايشمل ماحدث تنزيله بعد .

(قوله أى المفتاح) أى مثلا (قوله كما أفتى به الغزالى) ليس هذا إفتاء للغزالى مستقلا وإنما هو مأخوذ من إفتائه الآتى عقبه كما يعلم من التحفة (قوله أى بحدودها) هذا هو الدافع للمعارضة فاندفع ما فى حاشية الشيخ

فصل

(يشترط فى المقرّ به) أن يكون مما تجوز به المطالبة و (أن لايكون ملكا للمقرّ) حين يقرّ لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك ، وإنما هو إخبار عن كونه ملكا للمقر له فلا بد من تقديم المخبر عنه على الخبر (فلو قال دارى أو ثوبى) أو دارى التى اشتريتها لنفسى لزيد (أو دينى الذى على زيد لعمرو) ولم يرد الإقرار (فهو لغو) لأن الإضافة إليه تقتضى الملك له فينافى إقراره لغيره إذ هو إخبار بسابق عليه كما مر فحمل على الوعد بالهبة ومن ثم صح مسكنى أو ملبوسى له لأنه قد يسكن ويلبس غير ملكه ، فلو أراد بالإضافة فى دارى لزيد إضافة سكنى صح كما قاله البغوى فى فتاويه ، وبحث الأذرعى استفساره عند الإطلاق والعمل بقوله ، ولو قال الدين الذى كتبته أو باسمى على زيد لعمرو صح ، إذ لا منافاة أيضا ، أو الدين الذى لى على زيد لعمرو لم يصح إلا إن قال واسمى فى الكتاب عارية ، وكذا إن أراد الإقرار فيما يظهر أخذا مما مر ، فلو كان بالدين المقر به رهن أو كفيل انتقل إلى المقر له بذلك كما فى فتاوى المصنف ، لكن الأوجه ما فصله التاج الفزارى وهو أنه إن أقر بأن الدين صار لزيد

(فصل) يشترط فى المقرّ به الخ

(قوله وأن لايكون ملكا للمقرّ الخ) لعل المراد من هذا أن لايأتى فى لفظه بما يدل على أنه ملك للمقر وليست صحة الإقرار وبطلانه دائرين على ما فى نفس الأمر لأنه لا اطلاع لنا عليه حتى نرتب الحكم عليه . نعم فى الباطن العبرة بما فى نفس الأمر حتى لو قال هذه الدار لزيد ولم تكن لزيد لم يصح الإقرار ، أو دارى التى ملكتها لزيد وكانت له فى الواقع فهو إقرار صحيح ، ويجب تأويل الإضافة والكذب لايحصل الملك (قوله التى اشتريتها لنفسى لزيد) قياسه أن مثل ذلك مالو قال مالى الذى ورثته من أبى لزيد (قوله فهو لغو) أى بخلاف مالو قال له علىّ فى دارى أو مالى ألف فلا يكون لغوا بل هو إقرار كما يأتى مايؤخذ منه ذلك فى الفصل الآتى بعد قول المصنف ولو قال له فى ميراثى من أبى ألف الخ (قوله لأن الإضافة إليه تقتضى الملك) أى حيث لم يكن المضاف مشتقا ولا فى حكمه ، فإن كان كذلك اقتضى الاختصاص بالنظر لما دلّ عليه مبدأ الاشتقاق ، فقوله فمن ثم كان قوله دارى أو ثوبى لزيد لغوا لأن المضاف فيه غير مشتق فأفادت إضافته الاختصاص مطلقا ، ومن لازمه الملك بخلاف مسكنى فإن إضافته إنما تفيد الاختصاص من حيث السكنى لا مطلقا لاشتقاقه (قوله ويلبس غير ملكه الخ) ويتردد النظر فى قوله دارى التى أسكنها لأن ذكر هذا الوصف قرينة على أنه لم يرد بالإضافة الملك اهـ حج . أقول : الأقرب عدم الصحة لأن ما ذكره لايصلح لدفع مادلت عليه الإضافة . ونقل سم على حج مايصرح به والكلام عند الإطلاق فلو أراد به الإقرار عمل به (قوله إضافة سكنى) أى لنفسه (قوله صح) أى ويكون إقراره لزيد بالدار (قوله كما قاله البغوى الخ) معتمد (قوله وكذا إن أراد الإقرار) أى فيصح ، وقياسه الصحة فيما لو قال دارى التى هى ملكى لزيد وقال أردت الإقرار ، لكن فى سم على منهج عن شرح الروض أنه لايصح الإقرار فى هذه ، وعن ع أن ظاهر شرح المنهج عدم قبول إرادة الإقرار اهـ . ولو قيل بقبول إرادته وحمله على إرادة

(فصل) يشترط فى المقرّ به

(قوله فلو أراد بالإضافة فى دارى الخ) أى أو أراد فى دارى التى اشتريتها لنفسى أنه اشتراها سابقا وخرجت

فلا ينتقل بالرهن لأن صيرورته إليه إنما تكون بالحوالة وهى تبطل الرهن ، وإن أقر بأن الدين دان له بقى الرهن بحاله ، ومر أن دين الرهن ونحو المتعة والخلع وأرش الجناية والحكومة لايصح الإقرار بها عقب ثبوتها ، وعليه يحمل قول البغوى محل صحة الإقرار فيما مر إذا لم يعلم أنه للمقر إذ لايزول الملك بالكذب (ولو قال هذا لفلان وكان ملكى إلى أن أقررت) به (فأول كلامه إقرار وآخره لغو) فليطرح آخره فقط ويعمل بأوله لاشتماله على جملتين مستقلتين ، ومن هذا علم صحة هذا ملكى هذا لفلان كما صرح به الإمام واقتضاه كلام الرافعى ، أو هذا لى وكان ملك زيد إلى أن أقررت لأنه إقرار بعد إنكار أو عكسه ، وإنما لم يقبل قول شاهد تناقض كأن حكى ماذكر وإن أمكن الجمع فيه لأنه يحتاط فى الشهادة ما لا يحتاط للإقرار (وليكن المقر به) من الأعيان (فى يد المقر) حسا أو حكما (ليسلم بالإقرار إلى المقر له) لأنه عند انتفاء يده عنه إما مدع أو شاهد بغير لفظيهما فلم يقبل واشتراط كونه بيده بالنسبة لأعمال الإقرار وهو التسليم لا لصحته فلا يقال إنه لاغ بالكلية بل متى حصل بيده لزمه تسليمه إليه كما سيأتى . ويستثنى مالو باع بشرط الخيار له أو لهما ثم ادعاه رجل فأقر البائع فى مدة الخيار له به فإنه يصح وينفسخ البيع لأن له الفسخ ، وما لو باع الحاكم مال غائب بسبب اقتضاه ثم قدم وادعى أنه كان قد تصرف فيه

المجاز باعتبار ماكان أو فى ظاهر الحال لم يبعد (قوله كان له) أى أو أطلق ، واقتضى الإطلاق الصحة (قوله ومر) أى قبل فصل الصيغة بعد قول المصنف وإن أسنده إلى جهة لاتمكن فى حقه الخ فى قوله ، ومن المستحيل شرعا أن يقرّ لقن عقب عتقه وأن يثبت له دين بنحو صداق أو خلع أو جناية فيقر به لغيره الخ (قوله أن دين الرهن) عبارة حج أن دين المهر وهى الصواب والموافقة لما مر من تعبيره بالصداق (قوله ونحو المتعة) كوطء الشبهة (قوله لايصح الإقرار) ظاهره وإن أراده وهو ظاهر لظهور الكذب فيه ، وأفهم قوله دين المهر الخ إن عين ماذكره كأن أمهر أو أمتع عينا يصح الإقرار بها عقب ثبوتها وهو ظاهر كما يفهم من قوله الآتى ، فلو أقرّ ولم يكن بيده ثم صار عمل بمقتضى الإقرار فليتأمل اه سم على حج وقول سم بمقتضى الإقرار : أى لجواز أن تكون العين مغصوبة فلم تدخل فى ملكها (قوله ومن هذا) الإشارة راجعة إلى قوله على جملتين (قوله علم صحة هذا) أى فيكون إقرارا (قوله أو عكسه) أى وكل منهما صحيح ، والمراد بعكسه الإنكار بعد الإقرار (قوله كأن حكى ماذكر) بأن قال إن زيدا أقر بأن هذا ملك عمرو وكان ملك زيد إلى أن أقر به شرح الروض ، وظاهره أنه لافرق فى عدم القبول بين كونه يجعل ذلك إخبارا من نفسه أو نقلا عن كلام المقر ، وقال سم على حج : إنه محمول على مالو جعله من نفسه حكاية لكلام الغير بالمعنى . ثم قال : لكن كلام الشارح ظاهر فى خلافه فليراجع ، ومع ذلك فالأوجه معنى ما اقتضاه كلام شرح الروض من أنه لوقال قال زيد هذا ملك عمرووكان ملكى إلى أن أقررت به كان إقرارا لأن هذا نقل لخصوص ماقاله المقر ، فلا فرق بين كونه صادرا منه أو من الشاهد إخبارا عنه (قوله أو حكما) أى كالمعار أو المؤجر تحت يد غيره (قوله وينفسخ البيع) لعل المراد أنه يتبين بطلانه لعدم دخوله فى ملك المشترى وبقاء ملك البائع عليه فلايصح بيعه له ، أو أن المراد وينفسخ الأثر الذى كان يترتب على العقد لو لم يأت بما يقتضى الانفساخ (قوله لأن له الفسخ) مقتضاه أنه لو اطلع البائع على عيب فى الثمن المعين أو المشترى على عيب فى المبيع ثم أقر البائع أو المشترى بالمبيع لأجنبى صح لأن لهما الفسخ فليراجع . وقياس ما يأتى فى قوله وما أفتى به صاحب البيان الخ خلافه لأن مجرد الاطلاع على العيب لايحصل به الفسخ ، هذا والأولى تعليل صحة الإقرار

عن ملكه بناقل (قوله فى المتن وليكن المقر به فى يد المقرّ) أى فى تصرفه فلا يرد نحو الغاصب (قوله فى مدة الخيار له) لفظ له متعلق بأقر . واعلم أن الصورة أن الإقرار بعد القبض كما هو ظاهر

قبل بيع الحاكم فإنه يقبل منه كما نقله الرافعى قبيل كتاب الصداق عن النص ، وما أفتى به صاحب البيان من قبول إقرار من وهب لولده عينا ثم أقبضه إياها ثم أقر بها لغيره مفرع كما قاله الأذرعى على أن تصرف الواهب رجوع والأصح خلافه ، ومحل ماذكره المصنف إذا كان فى يده لنفسه ، فلو كان نائبا عن غيره كناظر وقف وولى محجور لم يصح إقراره وخرج بما ذكرناه فى تقرير كلامه الدين فلا يأتى فيه ماذكر (فلو أقر ولم يكن فى يده ثم صار) فى يده (عمل بمقتضى الإقرار) بأن يسلم للمقر له فى الحال (فلو أقر بحرية عبد) معين (فى يد غيره) أو شهد بها ثم (اشتراه) لنفسه أو ملكه بوجه آخر وخص الشراء لأنه الذى يترتب عليه جميع الأحكام الآتية (حكم بحريته) بعد انقضاء مدة خيار البائع ، وترفع يد المشترى عنه لوجود الشرط ، ومحل ذلك إذا اشتراه لنفسه ، فلو اشتراه لموكله لم يحكم بحريته لأن الملك يقع ابتداء للموكل ، وكما لو اشترى أباه بالوكالة وتسمية الحر فى زعم المقر عبدا باعتبار ظاهر الاسترقاق أى باعتبار ماكان أو باعتبار مدلوله العام (ثم إن كان قال) فى إقراره (هو حر الأصل فشراؤه افتداء) من جهة المشترى كما فى المحرر فلا يثبت له أحكام الشراء لأن اعترافه بحريته مانع من ذلك .

بزمن الخيار المذكور بأن المقر به لم يخرج عن ملك المقر بالبيع لفرض الكلام فيما لو كان الخيار للبائع أولهما ، وعليه فلا يشكل مايأتى فى الهبة ولا يتوجه إلحاق خيار العيب بخيار الشرط فلا يكون الإقرار به صحيحا (قوله فإنه يقبل منه) أى بيمينه على القاعدة من أنهم حيث أطلقوا القبول حمل على ما هو باليمين ، فإن أرادوا خلافه قالوا بلا يمين (قوله والأصح خلافه) أى فيكون قوله لغوا ، وظاهره وإن دلت القرينة على صدقه (قوله لم يصح إقراره) أى مالم يستأذن الحاكم ويقيم المدّعى بينة تشهد بذلك فيصح تصديقا للبينة بل لو أنكر عمل بالبينة ، وإنما احتيج لاستئذان الحاكم لتقام البينة على مدعى عليه (قوله وخرج بما ذكرناه) من قوله من الأعيان (قوله فلا يأتى فيه) أى لكن لو أقر الوارث فى حياة مورثه بأن ما لمورثه على زيد لايستحقه ثم مات مورثه وصار الدين للمقر عمل بمقتضى إقراره فليس له مطالبة المدين أخذا من قول المصنف ، فلو أقر ولم يكن الخ (قوله عمل بمقتضى الإقرار) .

[تنبيه] يؤخذ من المتن وغيره صحة ما أجبت به فى ممر مستطيل إلى بيوت أو مجرى ماء كذلك إلى أراضى لايقبل : أى كل منهما قسمة ، فأقر بعض الشركاء لآخر بحق فيه من صحة الإقرار ووقف الأمر لتعذر تسليم المقر به لأن يد الشركاء حائلة ، فإن صار بيد المقر مايمكنه به تسليم الحق المقر به أو أخذ به وإلا فلا ، ولا قيمة هنا للحيلولة لأن الشرط أن تكون من المقر وهى هنا من غيره لتعذر القسمة والمرور فى حق الغير اهـ حج . وقول حج لتعذر تسليم المقر به قد يشكل على هذا ماقيل من أنه يجوز بيع جزء شائع من دار ويصح تسليمه بغير إذن الشريك ، ولم ينظر لكون يده حائلة إلا أن يقال إن الدار يمكن انتفاع الشريكين بها مهايأة أو قسمتها أو إيجارها من القاضى عليهما بخلاف ماذكر من الممر والمجرى (قوله وترفع يد المشترى) الأولى فترفع (قوله إذا اشتراه لنفسه) هذا التقييد تقدم التصريح به فى قوله لنفسه بعد قول المصنف اشتراه فكان الأولى أن يقول أما لو اشتراه الخ (قوله فلو اشتراه لموكله) وينبغى أن مثل موكله موليه كما أفهمه التقييد بنفسه ، ثم الكلام فى الحكم بالصحة ظاهر ، أما بحسب نفس الأمر فإن كان صادقا فيما ذكره من الحرية فالعقد باطل ويأثم بإقدامه عليه (قوله أو باعتبار مدلوله) وهو

(قوله ومحل ذلك إذا اشتراه لنفسه الخ) حق العبارة أما لو اشتراه لموكله (قوله أو باعتبار ما كان) يعنى فيما إذا

وأما البائع ففيه الخلاف الآتى كما صرح به فى المطلب فيثبت له الخياران ولا يرد على المصنف لأنه قد لايرتضيه ، وإذا مات المدعى حريته بعد الشراء فميراثه لوارثه الخاص فإن لم يكن فلبيت المال . وليس للمشترى أخذ شيء منه لأنه بزعمه ليس للبائع كما مر واعتراف المشترى بأنه كان مملوكا ولكن أعتقه مالكه قبل شراء البائع له كاعترافه بحرية أصله لكنه هنا يورث بالولاء بشرطه ويأخذ المشرى من تركته أقل الثمنين (وإن قال أعتقه) البائع وهو يسترقه ظلما (فافتداء) أى فشراؤه حينئذ افتداء (من جهته) أى المشترى لذلك (وبيع من جهة البائع على المذهب) فيهما عند السبكى أو فى البائع فقط عند الأسنوى بناء على اعتقاده . قال ابن النقيب : إن الأول أقرب إلى ظاهر العبارة ، والثانى أقرب إلى ما فى نفس الأمر (فيثبت فيه الخياران) أى المجلس والشرط ، ومثل ذلك خيار عيب الثمن (للبائع فقط) لاللمشترى لما مر أنه افتداء من جهته ، ومن ثم امتنع رده بعيب ولم يستحق أرشا ، بخلاف البائع إذ لو رد الثمن المعين بعيب جاز له استرداد العبد.

الإنسان (قوله ولايرد) أى الخلاف (قوله قد لايرتضيه) أى فيكون ماهنا افتداء من جهة المشترى وبيعا من جهة البائع قطعا (قوله لوارثه الخاص) أى كالإبن (قوله لأنه) أى ما يأخذه (قوله لكنه) أى العبد (قوله بشرطه) أى وهو عدم وارث خاص (قوله من تركته) أى المدّعى حريته (قوله أقل الثمنين) أى ثمن البائع الأول والبائع الثانى ، ووجهه أن الأقل إن كان هو الذى وقع به البيع الأول فهو الذى تعدى سيد العبد بقبضه فيؤخذ من تركته دون مازاد ، وإن كان الأقل هو الثانى فلأن المقر بالحرية لم يغرم إلا هو فلا يأخذ زيادة علية .

[فرع] قال الشافعى : لو اشترى أرضا ووقفها مسجدا : أى مثلا ، فجاء آخر وادعاها وصدقه المشترى لم تبطل الوقفية وعليه قيمتها اه حواشى شرح الروض . أقول وهو ظاهر جلى مأخوذ مما تقدم من أن الحق إذا تعلق بثالث لا التفات إلى قول البائع والمشترى إذا اتفقا على بطلان البيع ، ولا يثبت ما ادعاه الثالث إلا ببينة ولا رجوع للمشترى على البائع بشيء حيث لم يصدقه البائع على الوقفية (قوله أى المشترى لذلك) اسم الإشارة راجع إلى قوله لأن اعترافه الخ (قوله أو فى البائع) أى أو على المذهب فى البائع (قوله الأول) هو قوله فيهما عند السبكى وجرى عليه المحلى (قوله والثانى) هو قوله أو فى البائع (قوله ومثل ذلك خيار عيب الثمن) أى فإن تعذر رده فله الأرش (قوله ومن ثم امتنع رده) أى المشترى (قوله إذ لو ردّ) أى البائع (قوله جاز له استرداد العبد) قضيته أن الأكساب الحاصلة من العبد إذا رد بعد ذلك على البائع ليست للبائع بناء على أن الفسخ يرفع العقد من حينه ، وعليه فانظر ماذا يفعل فيها لأن المشترى يمتنع عليه أخذها لدعواه حريته والمبيع رقيق بزعم البائع والرقيق لايملك فيه نظر فليراجع . ثم رأيت فى العباب ما نصه : فله دون المقر الخياران والفسخ فى الثمن المعيب ، فإن عين فى العقد استرد المبيع . وكتب بهامشه شيخنا الشوبرى مانصه : قوله استرد المبيع : أى وما كسبه من البيع إلى الفسخ لايأخذه البائع بل يوقف تحت يد من يختاره القاضى إن عتق فله وإن مات فحكم الفيء كمال من رق من الحربيين كما أوضح ذلك الشهاب حج فى الفتاوى . وقوله جاز له التعبير بالجواز يشعر بأن له حالة أخرى ، وانظر ما هى فإنه برد الثمن المعين ينفسخ العقد فيعود له المبيع ، ولو قال فباطلاعه على عيب فى الثمن المعين يجوز له استرداد

قال أعتقه مالكه قبل الشراء (قوله لأنه قد لايرتضيه) فى حواشى التحفة مانصه : يمكن جعل قوله الآتى وبيع من جهة البائع على المذهب راجعا لهذه أيضا وإن كان خلاف المتبادر اه (قوله وإذا مات المدعى حريته) أى وهو صورة المتن (قوله بناء على اعتقاده) هذا تعليل لقول المتن وبيع من جهة البائع وكان الأولى تأخيره عما بعده

بخلاف رده بعد عتق المشترى فى غير ذلك لاتفاقهما على عتقه ثم ويوقف ولاؤه لانتفاء اعتراف البائع بعتقه والمشترى لم يعتقه ، فإن مات بلا وارث بغير الولاء وله تركة ورثه البائع ورد الثمن للمشترى إن صدق البائع المشترى بعتقه ، فإن لم يصدقه فللمشترى أخذ قدر الثمن من تركته ويوقف الباقى إن كان لأنه إما كاذب فى حريته فجميع الكسب له أو صادق فالكل للبائع إرثا بالولاء وقد ظلمه بأخذ الثمن منه وتعذر استرداده وقد ظفر بماله . أما إذا كان له وارث بغير الولاء ، فإن لم يكن مستغرقا فله من ميراثه مايخصه وفى الباقى ما مر وإلا فجميع ميراثه له ، وليس للمشترى أخذ شىء منه لأنه بزعمه ليس للبائع إلا إذا كان البائع يرث بغير الولاء كأن كان أخا للعبد فلا إرث له ، بل يكون الحكم كما لو لم يكن وارث بغير الولاء كما اقتضاه التعليل ، وصرح به البلقينى وغيره ، ولو أقر بأن ما فى يد زيد مغصوب صح شراؤه منه لأنه قد يقصد استنقاذه ، ولا يثبت الخيار للمشترى كما قاله الإمام لأنه إنما يثبت لمن يطلب الشراء ملكا لنفسه أو مستنيبه ، ولو أقر بحرية أمة لغيره فاستأجرها لزمته الأجرة أو نكحها لزمها المهر ، وليس له فى الأولى استخدامها ولا فى الثانية وطؤها إلا إن كان نكحها بإذنها وسيدها عنده ولى بالولاء كأن قال أنت أعتقتها أو بغير الولاء كأن كان أخاها ،

المبيع كان ظاهرا (قوله بخلاف رده) أى الثمن فلا يجوز له (قوله فجميع الكسب له) أى المشترى (قوله وقد ظلمه) أى ظلم البائع المشترى (قوله وقد ظفر) أى المشترى بما له : أى البائع (قوله فإن لم يكن مستغرقا) أى كبنت وزوجة مثلا (قوله وفى الباقى ما مر) أى من أنه إن صدق البائع المشترى بعتقه أخذ الباقى ورد قدر الثمن للمشترى ، وإن لم يصدقه أخذ المشترى قدر الثمن من الباقى ووقف الزائد (قوله فجميع ميراثه له) أى الوارث (قوله وليس للمشترى أخذ شىء منه) أى ميراث العبد (قوله كأن كان) أى البائع (قوله فلا إرث له) أى للبائع (قوله كما لو لم يكن وارث) أى فإن صدقه البائع دفع قدر الثمن للمشترى وأخذ التركة وإلا أخذ المشترى من التركة قدر الثمن ووقف الباقى ، وقد يؤخذ مما تقدم عن حج فى كسب العبد أن ماخلفه هنا يكون لبيت المال لكن ظاهر ماقدمناه الوقف (قوله صح شراؤه) أى حكم بصحة شرائه منه . ويجب رده لمن قال إنه مغصوب منه إن عرف وإلا انتزعه الحاكم منه ، وينبغى أن يأتى مثل ذلك فى كتب الأوقاف ، فإذا علم بوقفيتها ، وليس من العلم مايكتب بهوامشها من لفظ وقف ثم اشتراها كان شراؤه اقتداء فيجب عليه ردها لمن له ولاية حفظها إن عرف وإلا سلمها لمن يعرف المصلحة ، فإن عرفها هو وأبقاها فى يده وجب عليه دفعها والإعارة منها على ماجرت به العادة فى كتب الأوقاف (قوله أمة لغيره) أى مملوكة لغيره ظاهرا (قوله وليس له فى الأولى استخدامها) أى لأن المؤجر لم يملك منفعتها فى زعم المستأجر لاعترافه بحريتها .

[تنبيه] لو كان المقر بحريته مستأجرا أو مرهونا أو جانيا ، ثم انتقل إلى ملك المقر بإرث أو نحوه فهل يحكم بحريته حتى تكون أكسابه فى حالة الرهن والجناية له ولو كانت أمة فوطئت بشبهة كان المهر لها أو حدث مايوجب فسخ الإجارة كانت المنافع له ؟ فيه نظر . ولو أقر بأن هذه الدار وقف ثم اشتراها فالحكم كذلك اهـ حواشى الروض . وقوله فيه نظر الذى يظهر فيه أنه لاينفك الرهن ولاتبطل الإجارة بانتقاله لمدعى الحرية ، ثم إن انفك بطريق من الطرق استقل العبد بالأكساب الماضية والآتية ، ومادام عقد الإجارة موجودا استحق المستأجر المنفعة التى عقد عليها بمقتضى الإجارة لأن قول مدعى الحرية لايقبل فى حق غيره ، وأنه لو بطلت الإجارة ملك العبد منفعة نفسه لأنه حكم بحريته بانتقاله لمن أقر بها ، وأن مهر الأمة إذا وطئت بشبهة بعد انتقالها لمن أقر بحريتها تأخذه لعدم المعارض فيه ، وإذا لم ينفك الرهن ولا فدى الجانى بيع العبد فى الجناية والرهن والأكساب التى تحصلت

وسواء أحلت له الأمة أم لا لاعترافه بحريتها ، قاله الماوردى . لكن قال السبكى وغيره : ينبغى عدم الصحة إلا أن يكون ممن حلت له الأمة لاسترقاق أولادها كأمهم ، وهو الأوجه . ويؤيده ما أفتى به الوالد رحمه الله فيمن أوصى بأولاد أمته لآخر ثم مات وأعتقها الوارث فلا بد فى تزويجها من شروط نكاح الأمة . ثم شرع فى بيان الإقرار بالمجهول فقال (ويصح الإقرار بالمجهول) إجماعا ابتداء كان أو جوابا لدعوى لأنه إخبار عن حق سابق فيقع مجملا ومفصلا ، وأراد به مايعم المبهم كأحد العبدين كما ألحقه به السبكى (فإذا قال) مايدعيه زيد فى تركتى فهو فى حق عينه الوارث أو (له على شىء قبل تفسيره بكل ما يتمول وإن قل) كفلس لصدق اسم الشىء عليه ، فلو امتنع من التفسير أو نوزع فيه فسيأتى قريبا . وضابط المتمول كما قاله الإمام مايسد مسدا أو يقع موقعا يحصل به جلب نفع أو دفع ضرر ، وتنظير الأذرعى مردود بأن المراد بالأول ماله فى العرف قيمة ولو قلت جدا كفلس . والحاصل أن كل متمول مال ولا ينعكس كحبة بر وقولهم فى البيع لايعد مالا . أى متمولا (ولو فسره بما لايتمول) أى لايتخذ مالا (لكنه من جنسه كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم) لحراسة أو صيد وقشرة نحو لوز وميتة لمضطر كما قاله الإمام خلافا للقاضى (وسرجين) وهو الزبل . وكذا بكل نجس يقتنى كجلد ميتة يطهر بالدباغ وخمر محترمة (قبل) كما لو فسره بحق شفعة وحد قذف ووديعة (فى الأصح) لصدق ماذكر على هذه الأمور ويحرم أخذه ويجب رده ، والثانى لايقبل فيهما لأن الأول لاقيمة له فلا يصح التزامه بكلمة على والثانى ليس بمال ، وظاهر الإقرار المال وخرج بعلى فى ذمته فلا يقبل فيه بنحو حبة حنطة وكلب قطعا لأنه لايثبت فيها ، ولو قال لزيد هذه الدار وما فيها صح واستحق جميع مافيها وقت الإقرار ، فإن اختلفا فى شىء أهو بها وقته صدق المقر وعلى المقر له البينة أخذا من قول الروضة لو أقر له بجميع مافى يده أو ما ينسب إليه صح وصدق

فى تلك المدة قبل بيعه فى الجناية أو الرهن يأتى فيها ماتقدم عن فتاوى حج (قوله وسواء) أى فى صحة النكاح (قوله ويصح الإقرار بالمجهول) أى لأى شخص كان (قوله فهو فى حق عينه) أى صح وإن لم يذكر المقر له شيئا وعينه الوارث ومع ذلك فهو مشكل لأنه فوض أمر المقر به للمقر له دون الوارث فكيف يرجع لتعيينه . وقد يجاب بأن ماذكره إقرار منه حالا لكن المقر به مجهول ، فلما لم تتوقف صحة الإقرار على تعيين المقر له رجع لتعيين الوارث (قوله فسيأتى قريبا) أى فى قول المصنف فى الفصل الآتى ومتى أقر بمبهم الخ (قوله بأن المراد بالأول) هو قوله مايسد الخ ، والثانى هو قوله أو يقع الخ لكن فى حج التعبير بالواو وعليها فهو عطف تفسير وأن المراد بالأول مايحصل به نفع (قوله أى متمولا) يمكن أن لايحتاج لذلك إلا لو قالوا ليست مالا فليتأمل اه سم على حج . ووجهه أن قولهم لايعد مالا نفى لإعداده : أى تسميته فى العرف مالا ، وعدم التسمية فى العرف لاينافى أنه مال فى نفس الأمر وإن لم يسم به لحقارته (قوله يطهر بالدباغ) هذا يخرج المغلظ فلا يحل اقتناؤه ، وقد يتوقف فيه بما فى اللباس من أنه يحل جعله غشاء لنحو الكلب (قوله لأنه لايثبت فيها) يمكن أن يصور ثبوت نحو الحبة بما لو أتلف له حبات متمولة كائنة معلومة الأعيان لهما ثم أبرأه المالك مما عدا حبة معينة فإن الظاهر بقاؤها فى ذمته ، إلا أن يقال مثل هذا نادر فلا اعتبار به اه سم على حج (قوله صدق المقر) أى حيث لا بينة (قوله أو ما ينسب إليه)

(قوله فيقع مجملا ومفصلا) أى كما هو شأن سائر الإخبارات ، وعبارة شرح الروض : لأن الإقرار إخبار عن حق سابق والشىء يخبر عنه منفصلا تارة ومجملا أخرى (قوله كما ألحقه به السبكى) المناسب لما قبله كما أدخله فيه السبكى ، فإن كان السبكى إنما ذكره على وجه الإلحاق فكان ينبغى أن يقول وإن جعله السبكى ملحقا به (قوله لصدق ماذكر على هذه الأمور ويحرم أخذه) عبارة التحفة : لأنه شىء ويحرم أخذه ويجب رده

إذا تنازعا فى شىء كان بيده حينئذ، وقضيته أنه لو اختلف وارث المقر والمقر له صدق وارث المقر لأنه خليفة مورثه فيحلف على نفى العلم بوجود ذلك فيها حالة الإقرار ونحو ذلك، ولا يقنع منه بحلفه أنه لايستحق فيها شيئا ، وبه أفتى ابن الصلاح ، وهو أوجه من قول القاضى يصدق المقر له ، قال ابن الصلاح : ولو كان للمقر زوجة ساكنة معه فى الدار قبل قولها فى نصف الأعيان بيمينها لأن اليد لها معه على جميع مافيها صلح لأحدهما فقط أو لكليهما (ولا يقبل بما لايقتنى كخنزير وكلب لانفع فيه) بوجه حالا ولا مآلا وخمر غير محترمة ، لأن علىّ تقتضى ثبوت حق وهذا ليس حقا ولا اختصاصا ولا يجب ردها ، وبحث الأسنوى أخذا من التعليل قبول تفسيره بخنزير وخمر إذا أقر لذمى لأنه يقرّ عليهما إذا لم يظهرهما ويجب ردهما له ، وهو الأوجه وإن نوزع فيه بإطلاقهم ، ولو قال له عندى شىء أو غصبت منه شيئا صح تفسيره بما لايقتنى إذ ليس فى لفظه مايشعر بالتزام حق إذ الغصب لايقتضى التزاما وثبوت مال وإنما يقتضى الأخذ قهرا بخلاف قوله علىّ ، ولا يشكل ماتقرر فى الغصب بأنه

عبارة حج عن الأنوار أنه لو قال جميع ماعرف لى لفلان صح (قوله وبه أفتى ابن الصلاح) فى حج ، وبه أفتى ابن الصباغ ، وفى نسخة منه : ابن الصلاح (قوله ولو كان للمقر زوجة ساكنة معه) أى فلو كان الساكن معه أكثر من زوجة جعل فى أيديهم بعدد الرؤوس (قوله فى نصف الأعيان) أى التى فى الدار ، بخلاف ما فى يدها كخلخال ونحوه فإنها تختص به لانفرادها باليد ، وسواء كان ملبوسا لها وقت المنازعة أولا حيث علم أنها تتصرف فيه ، وعبارة الدميرى فى النفقات .

[تنبيه] قال الشافعى رضى الله عنه : إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فمن أقام البينة على شىء من ذلك فهو له ، ومن لم يقم بينة فالقياس الذى لايعذر أحد عندى بالغفلة عنه أن هذا المتاع فى أيديهما معا فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه ، فإن حلفا جميعا فهو بينهما نصفين ، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف ، وسواء اختلفا مع دوام النكاح أم بعد التفرق واختلاف ورثهما كهما وكذلك أحدهما ووارث الآخر ، وسواء مايصلح للزوج كالسيف والمنطقة أو للزوجة كالحلى والغزل أو لهما كالدراهم والدنانير ، ولا يصلح لهما كالمصحف وهما أميان والنبل وتاج الملوك وهما عاميان . وقال أبو حنيفة : إن كان فى يدهما حسا فهو لهما ، وإن كان فى يدها حكما فما يصلح للرجال للزوج أو لها فلها ، والذى يصلح لهما فلهما ، وعند أحمد ومالك قريب من ذلك . واحتج الشافعى بأن الرجل قد يملك متاع المرأة والمرأة تملك متاع الرجل ، إذ لو استعملت الظنون لحكم فى دباغ وعطار تداعيا عطرا ودباغا فى أيديهما أن يكون لكل مايصلح له ، وفيما إذا تنازع موسر ومعسر فى لؤلؤ أن يجعل للموسر ولا يجوز الحكم بالظنون اهـ . وينبغى أن مما يقتضى الحكم لأحدهما بيده معرفته به قبل التنازع كملبوس الرجل الذى يشاهد عليه فى أوقات انتفاعه به ، ومعرفة المرأة بحلى تلبسه فى بيتها وغيره ، لكن اتفق وقت التنازع أن الحلى والملبوس موضوعان فى البيت فتستصحب اليد التى عرفت فى كل منهما (قوله أو لكليهما) أى أو لم يصلح لواحد منهما اهـ سم على حج (قوله وبحث الأسنوى) الذى فى حج أن الذى بحث هذا هو السبكى وأن الأسنوى اعتمده (قوله وخمر) أى وإن عصرها الذى بقصد الخمرية (قوله لأنه يقر عليهما) يؤخذ منه أنه لو فسره لحنفى بنبيذ قبل منه وهو ظاهر (قوله وإن نوزع فيه بإطلاقهم) أى إن الخمرة غير المحترمة لايقبل التفسير منه بها

(قوله ولا يقنع منه بحلفه أنه لايستحق فيها) أى فى الدار : أى لأن قضية إقرار مورثه أن فيها شيئا فلم يقبل من وارثه ماينافيه (قوله ولو كان للمقر زوجة الخ) سيأتى هذا فى الدعاوى بأبسط مما هنا

استيلاء على مال أو حق للغير فكيف قبل تفسيره بما ليس بمال ولا حق لشموله ذلك لغة وعرفا فصح التفسير به (ولا) يقبل أيضا (بعيادة) لمريض (ورد سلام) لبعد فهمهما فى معرض الإقرار إذ لامطالبة بهما ، ويقبل بهما فى له على حق لشيوع الحق فى استعماله فى ذلك ككل مالا يطالب به شرعا وعرفا ، فقد عد فى الخبر من حق المسلم على المسلم والشىء الأعم من الحق هو الشىء المطلق لا الشىء المقر به ، قاله السبكى رادا به استشكال الرافعى الفرق بين الحق والشىء مع كون الشىء أعم ، فكيف يقبل فى تفسير الأخص . مالا يقبل فى تفسير الأعم ، وما اعترض به الفرق من أن الشافعى لايستعمل ظواهر الألفاظ وحقائقها فى الإقرار بل قال : أصل ما أبنى عليه الإقرار أن لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة ، وهذا صريح فى أنه لايقدم الحقيقة على المجاز ولا الظاهر على المؤول فى هذا الباب اهـ . رد بمنع كونه صريحا فى ذلك بل ولا ظاهرا فيه ، كيف وعموم هذا النفى الناشىء عن فهم أن المراد باليقين هنا ما انتفت عنه الاحتمالات العشرة المقررة فى الأصول يقتضى أن لايوجد إقرار يعمل به إلا نادرا ولا يتوهم هذا أحد ، ومن عرف فروع الباب ظهر له أن مراده باليقين الظن القوى ، وبقوله ولا استعمل الغلبة : أى حيث عارضها ماهو أقوى منها ، وحينئذ اتجه فرق السبكى ، ولو قال غصبتك أو غصبتك ماتعلم لم يصح إذ قد يريد نفسه ، فإن قال أردت غير نفسك قبل لأنه غلظ على نفسه ، وإن قال غصبتك شيئا ثم قال أردت نفسك لم تقبل إرادته ويؤاخذ بإقراره ، وقضيته أن الحكم كذلك لو قال غصبتك شيئا تعلمه وهو ظاهر ، ويفرق بينه وبين ما مر فى غصبتك ماتعلم بأن شيئا اسم تام ظاهر فى المغايرة بخلاف ما (ولو أقر بمال) مطلق (أو مال عظيم أو كبير) بموحدة (أو كثير) بمثلثة أو جليل أو خطير أو وافر أو نفيس أو أكثر من مال فلان أو مما بيده أو مما شهد به الشهود عليه أو حكم به الحاكم على فلان أو نحو ذلك (قبل تفسيره بما قل منه) أى المال ولو لم يتمول كحبة بر وقمع باذنجانة : أى صالح للأكل وإلا فهو غير مال ولا من جنسه لأن الأصل براءة الذمة فيما فوقه ، ووصفه بنحو العظيم يحتمل أنه بالنسبة لتيقن حله أو الشحيح أو لكفر مستحله وعقاب غاصبه وثواب باذله لنحو

(قوله لبعد فهمهما فى معرض) كمجلس كما فى المصباح اهـ . ونقل الشنوانى فى حواشى شرح الشافية لشيخ الإسلام أنها بكسر الميم وفتح الراء (قوله الاحتمالات العشرة) منها عدم احتمال المجاز والإضمار والنقل والاشتراك والتخصيص والتقييد والنسخ وعدم المعارض العقلى (قوله اتجه فرق السبكى) أى السابق فى قوله والشىء الأعم من الحق هو الشىء المطلق لا الشىء المقر به (قوله ولو قال غصبتك) أى نفسك (قوله فإن قال) أى فيهما (قوله من مال فلان) المشهور بالمال الكثير اهـ حج (قوله أى صالح) هلا قال مثلا أو لغيره من وجوه الانتفاع لأنه حينئذ من جنس المال اهـ سم على حج . وقد يقال : لما لم يكن المقصود منه إلا ذلك ولم يصلح له عد غير منتفع به بالمرة

(قوله لشموله ذلك) أى لشمول الغصب مالا يقتضى . وحاصل هذا الجواب أن الإشكال مبنى على تفسير الغصب بالمعنى الشرعى ونحن لانلتزمه وننظر إلى اللغة والعرف وكل منهما يعد ما ذكر غصبا (قوله لا الشىء المقر به) أى لأنه صار خاصا بقرينة على كما هو كذلك فى كلام السبكى ، وكان على الشارح أن يذكره (قوله وما اعترض به الفرق) أى فرق السبكى بين الشىء المطلق والشىء المقيد بالإقرار كما يعلم من قول الشارح الآتى وحينئذ اتجه فرق السبكى (قوله كيف وعموم هذا النفى) أى المذكور فى قول المعترض إن الشافعى لايستعمل ظواهر الألفاظ

مضطر ، ولو قال له علىّ مثل ما فى يد زيد أو مثل ما علىّ لزيد كان مبهما جنسا ونوعا لاقدرا فلا يقبل بأقل من ذلك عددا لأن المثلية لاتحتمل مامر لتبادر الاستواء عددا منها (وكذا) يقبل تفسيره (بالمستولدة فى الأصح) لأنها تؤجر وينتفع بها وتجب قيمتها إذا أتلفها أجنبى ولأنها تسمى مالا وبه فارقت الموقوف لأنه لايسماه . والثانى لالخروجها عن اسم المال المطلق إذ لايصح بيعها وسواء على الأول أقال له علىّ مال أم له عندى مال (لا بكلب وجلد ميتة) وسائر النجاسات لانتفاء اسم المال عنها (وقوله له) عند أو علىّ (كذا كقوله) له (شىء) بجامع الإبهام فيهما فيقبل تفسيره فيه بما يقبل ثم مما مرّ ، وكذا مركبة فى الأصل من اسم الإشارة وكاف التشبيه ، ثم نقل عن ذلك وصار يكنى به عن المبهم وغيره من العدد ، ويجوز استعمالها فى النوعين مفردة ومركبة ومعطوفة (وقوله شىء شىء أو كذا كذا) وإن زاد على مرتين من غير عطف (كما لو لم يكرر) حيث لم يرد الاستئناف لظهوره فى التأكيد (وقوله شىء وشىء أو كذا وكذا) والأوجه أن مثل الواو هنا ما يأتى (وجب شيئان) متفقان أو مختلفان بحيث يقبل كل منهما فى تفسير شىء لاقتضاء العطف المغايرة وما صححه السبكى فى كذا درهما بل كذا إنه إقرار بشىء واحد ، ويلزمه مثل ذلك فى كذا درهما وكذا بعيد من كلامهم لأن تفسير أحد المبهمين غير مقتض لاتحادهما ولو مع بل الانتقالية أو الإضرابية ، وإنما المقتضى للاتحاد نفس بل لما يأتى فيها فقوله درهما يوهم أنه سبب الاتحاد وليس كذلك (ولو قال) له عندى أو علىّ (كذا درهما) بنصبه تمييزا لإبهام كذا (أو رفع الدرهم) على أنه بدل أوعطف بيان كما قاله الأسنوى أو خبر مبتدإ محذوف كما قاله غيره ؛ ودعوى السبكى كونه لحنا بعيدة وإن سبقه لذلك ابن مالك فقال تجويز الفقهاء للرفع خطأ لأنه لم يسمع من كلامهم ، ولعله بنى ذلك على عدم النقل السابق فى كذا (أوجره) وهو لحن عند البصريين أو سكنه وقفا (لزمه درهم) ولا نظر للحن لعدم تأثيره هنا

(قوله أو مثل) أى أوله علىّ مثل ماعلىّ لزيد (قوله فلا يقبل بأقل من ذلك عددا) أى ويقبل بغير جنسه ونوعه (قوله فى النوعين) أى المبهم وغيره (قوله ومركبة) أى مكررة مرة فأكثر (قوله وإن زاد) أى وإن كان المجلس مختلفا (قوله والأوجه أن مثل الواو هنا ما يأتى) لكن محله فى الفاء حيث أراد العطف وإلا فلا تعدد لمجيئها كثيرا للتفريع وتزيين اللفظ ومقترنة بجزاء حذف إلى آخر ما يأتى فى الفصل الآتى بعد قول المصنف فإن قال ودرهم لزمه درهمان (قوله ويلزمه) أى السبكى (قوله وإنما المقتضى الخ) هذا على خلاف ما صححه فى بل بعد من لزوم التعدد (قوله لما يأتى) أى فى الفصل الآتى بعد قول المصنف فإن قال ودرهم لزمه درهمان (قوله على عدم النقل السابق)

(قوله لاتحتمل مامر) أى الأقل (قوله لتبادر الاستواء عددا منها) فى كون التبادر فى معنى يمنع احتمال غيره بالكلية نظر لايخفى (قوله الانتقالية أو الإضرابية) يوهم أنهما قسمان وليس كذلك ، بل الانتقالية قسم من قسمى الإضرابية لأن بل للإضراب مطلقا وتنقسم إلى انتقالية وإبطالية (قوله وإنما المقتضى للاتحاد نفس بل) تبع فى هذا الشهاب حج ، لكن ذلك جار على طريقته أن العطف ببل لايوجب إلا شيئا واحدا . وأما الشارح فإنه سيأتى له قريبا اختيار أحد الوجهين القائل بلزوم شيئين وهذا لايناسبه ، وقد فرق الشارح كما نقله عنه سم فى حواشى شرح المنهج بين ما اختاره من لزوم شيئين وبين ما سيأتى له فى الفصل الآتى فيما لو قال درهم بل درهم من أنه لايلزمه إلا درهم بأنه فى مسئلة الدرهم أعاد نفس الأول ، بخلاف كذا فإن المعاد صالح لإرادة غير ما أريد به الأول (قوله فقوله درهما يوهم أنه سبب الاتحاد) قال الشهاب سم : قد يقال إنما ذكر درهما ليدفع توهم التعدد لتفسير الأول قبل ذكر الثانى فيفهم منه الاتحاد إذا لم يذكر درهما

ودعوى لزوم عشرين لنحوىّ لأنها أقل عدد يميز بمفرد مجرور ولم يقل به أحد، وقول جمع بوجوب بعض درهم فى الجر إذ التقدير كذا من درهم مردود، وإن نسب للأكثرين بأن كذا إنما تقع على الآحاد دون كسورها (والمذهب به لو قال كذا وكذا) أو ثم كذا أو فكذا أو أراد العطف بالفاء لما يأتى فيها مع الفرق بينها وبين بل (درهما بالنصب وجب درهمان) لإقراره بشيئين مبهمين وتعقيبهما بالدرهم منصوبا فالظاهر أنه تفسير لكل منهما ، واحتمال التأكيد يمنعه العاطف ، ولأن التمييز وصف فى المعنى وهو يعود لكل ماتقدمه كما سيأتى فى الوقف ولو زاد فى التكرير كما فى نظيره الآتى ، وفى قول يلزمه درهم لجواز إرادته تفسيرا للفظين معا بالدرهم وفى قول درهم وشىء ، أما الدرهم فلتفسيره الثانى وأما الشىء فللأول الباقى على إبهامه والطريق الثانى القطع بالأول (و) المذهب (أنه لو رفع أو جر) الدرهم أو سكنه (فدرهم) أما الرفع فلأنه خبر عن المبهمين : أى هما درهم ويجوز كونه بدلا منهما أو بيانا لهما نظير مامر وهو الأولى ، وأما الجر فلأنه وإن امتنع ولم يظهر له معنى عند جمهور النحاة لكنه يفهم منه عرفا أنه تفسير لجملة ماسبق فحمل على الضم ، وأما السكون فواضح ، والطريق الثانى قولان ثانيهما درهمان لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وأنه أخطأ فى إعراب التفسير (ولو حذف الواو فدرهم فى الأحوال كلها)رفعا ونصبا وجرا لاحتمال التأكيد حينئذ ويتحصل مما تقرر اثنتا عشرة مسئلة،لأن كذا إما أن يؤتى بها مفردة أو مركبة أو معطوفة ، والدرهم إما أن يرفع أو ينصب أو يجر أو يسكن ثلاثة فى أربعة يحصل ما ذكر ، والواجب فى جميعها درهم إلا إذا عطف ونصب تمييزها فدرهمان ، ولو قال كذا بل كذا ففيه وجهان أوجههما لزوم شيئين ، إذ لايسوغ رأيت زيدا بل زيدا إذا عنى الأول ، فإن عنى غيره صح (ولوقال) له (علىّ ألف ودرهم قبل تفسير الألف بغير الدراهم) من المال اتحد الجنس أو اختلف لأنه مبهم ، والعطف إنما يفيد زيادة عدد لاتفسيرا كألف وثوب ، ولو قال ألف ودرهم فضة فالجميع فضة كما قاله القاضى ، وهوظاهر مالم يجرها بإضافة درهم إليها ، ويبقى تنوين ألف فالأوجه حينئذ بقاء الألف على إبهامها ، ولو قال ألف وقفيز حنطة بالنصب ،لم يعد للألف إذ لايقال ألف حنطة ، ولو قال ألف درهما أو ألف درهم بالإضافة فظاهر. ، وإن رفعهما ونونهما أو نون الألف فقط فله تفسير الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم فكأنه قال ألف مما قيمة الألف منه درهم

أى فى قوله ثم نقل عن ذلك وصار يكنى به عن المبهم وغيره الخ (قوله بأن كذا) متعلق بقوله مردود (قوله إنما تقع) يتأمل وجه ذلك فإن المفهوم مما سبق أنها بمعنى شىء ، وهو كما يشمل الآحاد يشمل الأبعاض ، إلا أن يكون المراد أنها تقع على الآحاد فى الاستعمال أو يثبت أنها إنما نقلت للآحاد دون غيرها (قوله أو أراد العطف) أما ثم والواو فلا يحتاجان إلى الإرادة (قوله لما يأتى) أى من أنه يجب فيها درهم واحد إن لم يرد العطف لأنها تأتى للتفريع وتزيين اللفظ كثيرا فلا تحمل على العطف إلا بقصده (قوله كما فى نظيره الآتى) أى فى قول المصنف ولو حذف الواو فدرهم فى الخ (قوله وأما السكون فواضح) أى لإمكان أن التقدير هما درهم (قوله وجرا) أى وسكونا (قوله ثلاثة فى أربعة) أى وضرب ثلاثة فى أربعة يحصل ماذكر الخ (قوله ولو قال كذا) هذا مخالف لما يأتى فى قوله على أن الأوجه فى بل اعتبار الخ إلا أن يحمل ماهنا على قصد الاستئناف (قوله لم يعد للألف) أى لفظ حنطة (قوله فظاهر) أى لزوم الألف من الدراهم فى كل منهما (قوله أو نون الألف) أى

بالأولى اهـ (قوله أوجههما لزوم شيئين) ظاهره مطلقا خصوصا بالنظر للتعليل ، لكن سيأتى له فى الفصل الآتى ما يخالفه فى غير موضع (قوله فالجميع فضة) لكن لايلزم أن تكون دراهم كما هو واضح فليراجع

(ولو قال) له علىّ (خمسة وعشرون درهما) أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهما أو ألف ونصف درهم (فالجميع دراهم على الصحيح) لجعله الدرهم تمييزا فالظاهر أنه تفسير لجميع المذكورات بمقتضى العطف ، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه لو رفع الدراهم أو نصبه فى الأخيرة كان الحكم كذلك ، ولا يضر فيه اللحن وأنه لو رفعه أو نصبه فيها لكن مع تنوين نصف أو رفعه أو خفضه فى بقية الصور لزمه ماعدده العدد المذكور وقيمته درهم أخذا مما مر فى ألف درهم منوّنين مرفوعين . والوجه الثانى يقول الخمسة فى مثال المصنف مجملة والعشرون مفصلة بالدراهم لمكان العطف فالتحقت بألف ودرهم . وعن ابن الوردى أنه يلزمه فى اثنى عشر درهما وسدسا سبعة دراهم لأنهما تمييزان لكل من الاثنى عشر ، فيكون كل مميز النصف الاثنى عشر المبهمة حذرا من الترجيح بلا مرجح ونصفها دراهم ستة وأسداسا درهم أو درهما أو درهما وربعا فسبعة ونصف أو وثلثا فثمانية أو ونصفا فتسعة كنظير ماتقرر من أن نصف المبهم بعد ذلك الكسر ، فإن قال أردت وسدس درهم صدق بيمينه لاحتماله وكذا الباقى . قال الوالد رحمه الله تعالى : وما حكى عنه غير بعيد بل هو جار على القواعد ، ولكن الأصح أن الكسر فى هذه المسائل ونحوها من الدرهم فيلزمه فى الأولى اثناعشر درهما وسدس درهم وفى الثانية اثناعشر درهما وربع درهم وفى الثالثة اثناعشر درهما وثلث درهم وفى الرابعة اثنا عشر درهما ونصف درهم ، ومعلوم أنه فى قوله اثنا عشر درهما وسدسا لاحن وهو لايمنع الحكم هذا إن لم يكن نحويا ، فإن كان كذلك لزمه أربعة عشر درهما ، أما لو قال اثنا عشر درهما وسدس بالرفع أو سدس بالجر فلا نزاع فى لزوم اثنى عشر درهما وزيادة سدس ، والمعتبر فى الدراهم المقرّ بها دراهم الإسلام وإن كانت دراهم البلد أكثر وزنا منها مالم يفسرها المقر بما يقبل تفسيره فعلى هذا (لو قال الدراهم التى أقررت بها ناقصة الوزن) كدراهم طبرية كل درهم منها أربعة دوانق (فإن كانت دراهم البلد) أو القرية التى أقرّ بها (تامة الوزن) أى كاملته بأن كان كل درهم ستة دوانق (فالصحيح قبوله) أى التفسير بالناقصة (إن ذكره متصلا) بالإقرار لأنه حينئذ كالاستثناء وحينئذ يرجع لتفسيره فى قدر الناقص ، فإن تعذر بيانه نزل على أقل الدراهم ، والثانى لايقبل لأن اللفظ صريح فى التام وضعا وعرفا ورد بمنع الصراحة (ومنعه إن فصله عن الإقرار) وكذبه المقر له فيلزمه دراهم تامة لأن اللفظ والعرف ينفيان قوله والثانى يقبل لأن اللفظ محتمل والأصل براءة الذمة (وإن كانت) دراهم البلد (ناقصة قبل) قوله (إن وصله) بالإقرار إذ اللفظ من حيث الاتصال والعرف يصدقانه (وكذا إن فصله) عنه (فى النص) عملا بعرف البلد كما فى المعاملة وفى وجه لايقبل حملا لإقراره على وزن الإسلام ، ويجرى ذلك على الأوجه فى بلد زاد وزنهم على درهم الإسلام ،

وسكن الدرهم أو رفعه أو جره بلا تنوين (قوله لمكان العطف) أى لأجل العطف (قوله لأنهما) أى الدرهم والسدس (قوله فإن قال أردت وسدس) وعبارة حج أن جملة ذلك العدد تساوى درهما اه (قوله وما حكى عنه) أى ابن الوردى (قوله أربعة عشر) أى فيما لو قال وسدسا (قوله دراهم الإسلام) ووزن كل واحد منها بالحب

(قوله تمييزان لكل من الاثنى عشر) الوجه حذف لفظ من (قوله ولكن الأصح) أى من ثلاثة أوجه أحدها ما ذكره ابن الوردى كما يعلم بمراجعة الدميرى وغيره (قوله ويجرى ذلك على الأوجه فى بلد زاد وزنهم الخ) هذا ينافى ماقدمه آنفا من حمل الدراهم فى الإقرار على دراهم الإسلام مالم يفسر بغيرها مما يحتمل، وعذره أنه خالف فى هذا المتقدم آنفا الشهاب حج ، فإن ذاك يختار أنه عند الإطلاق يحمل على دراهم البلد الغالب ، ثم تبعه فى جميع ما يأتى مما

فإن قال أردته قبل إن وصله لا إن فصله (والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) فإن الدرهم عند الإطلاق محمول على الفضة الخالصة وما فيها من الغش ينقصها فكانت كالناقصة فى تفصيلها المذكور ، ولو فسرها بجنس ردىء أو بغير سكة البلد قبل مطلقا وفارق الناقص بأنه يرفع بعض ما أقر به بخلافه هنا وبخلاف البيع حيث يحمل على سكة البلد لأن البيع إنشاء معاملة ، والغالب أنها فى كل محل تقع بما يروج فيه ، والإقرار إخبار عن حق سابق يحتمل ثبوته بمعاملة فى غير ذلك المحل فيرجع إلى إرادته ، ولو فسرها بالفلوس لم يقبل لانتفاء تسميتها دراهم ؛ سواء أفصله أم وصله . نعم لو غلب التعامل بها ببلد بحيث هجر التعامل بالفضة ، وإنما تؤخذ عوضا عن الفلوس كالديار المصرية فى هذه الأزمان ، فالأوجه كما بحثه بعض المتأخرين القبول وإن كان منفصلا ، ولو تعذرت مراجعته حمل على دراهم البلد الغالبة على الأصح ، ويجرى ذلك فى المكيل كما هو ظاهر ، فلو أقرّ له بأردب برّ وبمحل الإقرار مكاييل مختلفة ولا غالب فيها تعين أقلها مالم يختص المقر به بمكيال منها فيحمل عليه لا على غيره ويحكم عليه بذلك ولو قال أردت غيرها ، وفى العقود يحمل على الغالب المختص من تلك المكاييل كالنقد ، ويصدق الغاصب والمتلف بيمينه فى قدر كيل ما غصبه أو أتلفه ، ولو أقر لغيره بكذا كذا أشرفيا حمل على القدر المعلوم من الذهب والفضة لشمول العرف لذلك فهو مجمل فيرجع فى تفسيره إلى المقر ثم إلى ورثته ، فالقول قولهم بأيمانهم فى أن القدر المقرّ به من الفضة كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى . ودعوى أنه ينافيه قوله فى محل آخر أنه موضع لضرب مخصوص من الذهب فيحمل فى البيع وغيره عليه غير مسلمة . وقول المنازع بأن وضعه لمقدار معلوم من الذهب هو الأصل فيه . وأما استعماله فيما يعم الفضة أيضا فهو اصطلاح حادث . وقاعدة الباب قبول مثله متصلا لا منفصلا ممنوع بأن محل ذلك فيما للشرع فيه عرف قديم ، وهذا ليس من هذا القبيل إذ الأشرفى حادث واستعماله فى قدر معلوم من الذهب متجدد فجاز فيه ماتقرر . ولو قال له علىّ دريهم بالتصغير أو درهم صغير لزمه صغير القدر وازن

خمسون شعيرة وخمسا شعيرة ، وبالدوانق ست وكل دانق ثمان حبات وخمسا حبة (قوله قبل مطلقا) أى فصله أو وصله كانت دراهم البلد كذلك أولا (قوله كالديار المصرية) أى فى زمنه إذ ذاك ، وأما فى زماننا فلا يقبل منه التفسير بها لأنها لايتعامل بها الآن إلا فى المحقرات (قوله ولو قال) هى غاية (قوله فى قدر كيل) أى وفى قيمته أيضا (قوله والفضة) الواو بمعنى أو لأنّ الأشرفى يطلق تارة على الذهب الخالص وتارة على قدر معين من الفضة كعشرة (قوله فجاز فيه ماتقرر) أى من أنه مجمل فيقبل تفسيره بالفضة

هو متعلق بالمسئلة فوقع فى التناقض فى مواضع كما سيأتى التنبيه على بعض ذلك (قوله فالأوجه كما بحثه بعض المتأخرين القبول إن كان متصلا) وفى نسخة : وإن كان منفصلا ، وهى الموافقة لما فى التحفة (قوله ويجرى ذلك فى الكيل) تبع فى هذا الشهاب المذكور ، لكن ذاك جار على طريقته ، فمعنى قول الشهاب ويجرى ذلك : يعنى الحمل على الغالب عند الإطلاق الذى يقول به هو دون الشارح (قوله ولو تعذرت مراجعته حمل على دراهم البلد) تبع فيه أيضا الشهاب المذكور ، وهو نقيض ما صدر به من الرجوع إلى دراهم الإسلام ، فهذا اختيار الشهاب المذكور المقابل لاختيار الشارح (قوله فيحمل عليه لا على غيره) أى الأنقص منه إلا إن وصله كما فى التحفة (قوله وفى العقود يحمل على الغالب المختص من تلك المكاييل كالنقد) هذا لايخالف ماقبله فى الحكم ، والعلامة حج ذكر عقب هذا ما نصه : مالم يختلفا فى تعيين غيره فإنهما حينئذ يتحالفان اه . فالذى ذكره العلامة المذكور هو محط المخالفة فكان على الشارح أن يذكره (قوله غير مسلمة) انظر ما وجه عدم التسليم

إن كان فى محل أوزانهم فيه وافية لأن الدرهم صريح فى الوازن ، والوصف بالصغر يجوز أن يكون فى الشكل وأن يكون بالإضافة إلى الدرهم البغلى فلا يترك الصريح بالاحتمال ، فإن كان فى محل أوزانهم ناقصة قبل قوله فى إرادته منها ولزمه درهم ناقص ويجب عليه بقوله له على دراهم كثيرة أو قليلة ثلاثة ، ولا يشترط تساويها فى الوزن بل يكفى أن تكون الجملة زنة ثلاثة دراهم وبقوله له على أقل عدد الدراهم درهمان لأن الواحد ليس بعدد (ولو قال له علىّ من درهم إلى عشرة لزمه تسعة فى الأصح) كما مر فى الضمان بتوجيهه ، وقيل عشرة إدخالا للطرفين ، وقيل ثمانية إخراجا لهما كما لو قال عندى أو بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار فإنهما لايدخلان . وفرق الأوّل بأن المقر به أو المبيع هناك الساحة وليس الجدار منها بخلاف الدراهم ، وذكر الجدار كما قاله بعضهم مثال فالشجرة كذلك ، وما ذكره من أنه لو قال من هذه الدراهم إلى هذه الدراهم فكذلك فيما يظهر لأن القصد التحديد لا التقييد ممنوع بالفرق المذكور ، ولا يخالف ماتقرر هنا مافى الطلاق أنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث حيث وقع الثلاث لأن عدد الطلاق محصور فأدخلوا فيه الطرفين بخلافه هنا ، فإن قال له على مابين الدرهم والعشرة أو إلى العشرة لزمه ثمانية إخراجا للطرفين لأن مابينهما لايشملهما (وإن قال) له على (درهم فى عشرة) أو درهم فى دينار (فإن أراد المعية لزمه أحد عشر) أو الدرهم والدينار لمجىء فى بمعنى مع كادخلوا فى أمم : أى معهم ،واستشكال الأسنوى وغيره له بجزمهم فى درهم مع درهم فإنه يلزمه درهم لاحتمال إرادته مع درهم لى فلم يجب سوى واحد فالمسئلتان على حد سواء ، وفيه تكلف ينافيه ظاهر كلامهم فى الموضعين . أجيب عنه بأن نية المعية تجعل فى عشرة بمعنى وعشرة بدليل تقديرهم جاء زيد وعمرو مع عمرو ، بخلاف لفظة مع فإن غايتها المصاحبة وهى صادقة بمصاحبة درهم للمقر ، وما نظر به فيه من أن الواو ليست بمعنى مع بل تحتملها وغيرها يرد بلزوم الدرهم الثانى ، بل ولا إشارة إليه فلم يجب فيه إلا واحد ، وأما فى عشرة فهو صريح فى الظرفية المقتضية للزوم واحد فقط فنية مع بها قرينة ظاهرة على أنه لم يرد ما مر بمع درهم لأنه يرادفها بل ضم العشرة إلى الدرهم فوجب الأحد عشر . والحاصل أن الدرهم لازم فيهما والدرهم الثانى فى مع درهم لم تقم قرينة على لزومه والعشرة قامت قرينة على لزومها ، إذ لولا

(قوله لأن الواحد ليس بعدد) أى والمقصود بيان أقل عدد هذا الجنس وأقل مايصدق عليه ماذكر وبهذا فارق ما لو قال له على دراهم فإن ذلك جمع وأقله ثلاثة (قوله وفيه تكلف) قضيته أنه تكلف فى الإشكال نفسه وفيه نظر فإن التكلف إنما هو فى جواب عنه للبلقينى كما يعلم من حج حيث قال كعشرة (قوله بل ضم العشرة)

(قوله وما ذكره) أى البعض المذكور (قوله من هذه الدراهم إلى هذه الدراهم) أى بأن كانت معينة بدليل الإشارة والتنظير فليراجع (قوله لاحتمال إرادته مع درهم لى فلم يجب سوى واحد الخ) هنا سقط فى النسخ عقب قوله مع درهم وعبارة الشهاب حج الذى تبعه الشارح فى جميع هذه السوادة ببعض تصرف نصها: لاحتمال إرادته مع درهم لى فمع نيته أولى. وأجاب البلقينى بأن فرض ما ذكر أنه لم يرد الظرف بل المعية فوجب أحد عشر وفرض درهم مع درهم أنه أطلق وهو محتمل الظرف: أى مع درهم لى فلم يجب سوى واحد إلى آخر ما فى الشرح (قوله أجيب عنه) أى عن أصل الإشكال ، وهو فى النسخ بلا واو عاطفة ، وحذفها مبنى على أنه لاسقط ، وقد عرفت الساقط وأنه متضمن لجواب البلقينى فيجب هنا العطف عليه بالواو (قوله يردّ بلزوم الدرهم الخ) هنا أيضا سقط فى النسخ عقب يردّ ، وحاصله أن الشهاب حج لما أورد الجواب الثانى المذكور فى قول الشارح أجيب إلى آخره نظر فيه بما ذكره الشارح ، فالشارح أشار إلى رده إلا أنه لم يذكر المردود به فى النسخ ، وأما قوله بلزوم الدرهم الخ فهو ليس

أن نية المعية تفيد معنى زائدا على الظرفية التى هى صريح اللفظ لما أخرجه عن مدلوله الصريح إلى غيره ، وما استشكل به أيضا من أنه ينبغى أن العشرة مبهمة كالألف فى ألف ودرهم بالأولى . أجاب عنه الزركشى بأن العطف فى هذه يقتضى مغايرة الألف للدراهم فبقيت على إبهامها بخلافه فى درهم فى عشرة . وأجاب غيره بأن العشرة هنا عطفت تقديرا على مبين فتخصصت به إذ الأصل مشاركة المعطوف للمعطوف عليه وثم المبين على الألف فلم يخصصها ، ونظر فيه بأن قضية ألف فى ألف درهم وعشرة تكون العشرة دراهم وكلامهم يأباه ، فالأوجه أن يفرق بأن فى الظرفية المقترنة بنية المعية إشعارا بالتجانس والاتحاد لاجتماع أمرين كل منهما مقرب لذلك ، بخلاف ألف ودرهم فإن فيه مجرد العطف وهو لايقتضى بمفرده صرف المعطوف عليه عن إبهامه الذى هو مدلول لفظه ، وقد أجاب عنه السبكى بأن المراد بنيته بذلك إراة مع عشرة دراهم له وجرى عليه غير واحد وعليه فلا يرد شئ من الإشكالين ، ولا حاجة لتلك الأجوبة لولا أن ظاهر كلامهم أنه لم يرد إلا مجرد معنى مع عشرة فعليه يرد الإشكالان ويحتاج إلى الجواب عنهما بما ذكر (أو) أراد (الحساب) وعرفه (فعشرة) لأنها موجبة ، فإن لم يعرفه فدرهم وإن قصد معناه عند أهله كما فى الكفاية (وإلا) بأن لم يرد المعية ولا الحساب بأن أطلق أو أراد الظرف (فدرهم) لأنه المتيقن .

(فصل) فى بيان أنواع من الإقرار وفى بيان الاستثناء

(قال له عندى سيف فى غمد) بكسر المعجمة وهو غلافه (أو ثوب فى صندوق) أو زيت فى جرة أو ثمرة على شجرة (لايلزمه الظرف) لمغايرته للمظروف ومعتمد الإقرار على اليقين ، وهكذا كل ظرف ومظروف لايكون الإقرار بأحدهما إقرارا بالآخر (أو غمد فيه سيف أو صندوق فيه ثوب لزمه الظرف وحده) دون المظروف

أى بل أراد ضم الخ (قوله أجاب عنه) أى أصل الإشكال بنوعيه .

(فصل) فى بيان أنواع من الإقرار

(قوله فى بيان أنواع من الإقرار) أى وما يتبع ذلك كالذى يفعل بالممتنع من التفسير (قوله وهكذا كل ظرف ومظروف) أى بأن كان الظرف خلقيا للمظروف كما يدل عليه قوله بعد جارية فى بطنها حمل الخ ، ومنه ما لو أقر له بنوى فى تمر أو طلع فى كوز فيكون إقرارا بالمظروف دون الظرف لجواز أنه أوصى له به (قوله لزمه الظرف الخ) بقى ما لو قال له عندى سيف بغمده أو ثوب بصندوق هل يلزمه الجميع كما لو قال دابة بسرجها أو لا ؟

مايرد به ، وإنما هو جواب ثالث للشهاب المذكور سقط من نسخ الشارح صدره ، وعبارة الشهاب المذكور عقب الجواب الثانى نصها : وفيه نظر وتكلف ، وليست الواو بمعنى مع بل تحتملها وغيرها . وقد يجاب بأن مع درهم صريح فى المصاحبة الصادقة بدرهم له ولغيره فليس فيه تصريح بلزوم الدرهم الثانى بل ولا إشارة إليه إلى آخر ما فى الشرح (قوله وقد أجاب عنه السبكى الخ) قال الشهاب سم : الوجه التعويل على جواب السبكى لظهور المعنى عليه ، وكلامهم لاينافيه بل قواعدهم تقتضيه قطعا ودعوى أن كلامهم صريح فى خلافه غير صحيح قطعا أو أنه ظاهر فى خلافه لا أثر له ، بل كلامهم مع ملاحظة المعنى وقواعدهم لايكون ظاهرا فى خلافه بل لايكون إلا ظاهرا فيه فأحسن التأمل اه .

(فصل) فى بيان أنواع من الإقرار

لما مر ومثل ذلك له عندى جارية فى بطنها حمل أو خاتم فيه أو عليه فص أو دابة فى حافرها نعل أو قمقمة عليها عروة أو فرس عليها سرج لزمته الجارية والدابة والقمقمة والفرس لا الحمل والنعل والعروة والسرج ، ولو عكس انعكس الحكم ، ولو قال له عندى جارية .وأطلق وكانت حاملا لم يدخل الحمل لأن الجارية لم تتناوله بخلاف البيع لأن الإقرار إخبار عن حق سابق كما مر ، وربما كانت الجارية له دون الحمل بأن كان موصى به ، ولهذا لو قال هذه الدابة لفلان إلا حملها صح ، ولو قال بعتكها إلا حملها فلا والشجرة كالجارية والثمرة كالحمل فيما ذكر ، ولو قال عندى خاتم دخل فى الإقرار فصه لتناول الخاتم له فلو ادعى عدم إرادته الفص لم يقبل لأنه رجوع عن بعض ما أقر به (أو) قال له عندى (عبد على رأسه عمامة) بكسر العين وضمها (لم تلزمه العمامة على الصحيح) لما مر ، والثانى تلزمه لأن العبد له على ملبوسه يد ويده كيد سيده ، ورد بأنه لو باعه لم تدخل فى البيع فكذا الإقرار . وضابط ذلك كما قاله القفال وغيره أن كل ما دخل فى مطلق البيع دخل هنا وما لا فلا ، إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل والجدار فيدخل ثم لأن المدار فيه على العرف لا هنا (أو) له عندى (دابة بسرجها) أو عبد بعمامته (أو ثوب مطرز) بالتشديد (لزمه الجميع) إذ الباء بمعنى مع نحو ـ اهبط بسلام ـ أى معه ، والطراز جزء من الثوب باعتبار

فيه نظر ، والأقرب أن يقال يلزمه المظروف فقط ، ويفرق بينه وبين دابة بسرجها بأن الباء إذا دخلت على الظرف كانت فى استعمالهم بمعنى فى كثيرا فتحمل عليه (قوله لما مر) أى فى قوله لمغايرته (قوله وكانت حاملا) مفهومه أنها لو كانت حائلا كان الحمل الحادث للمقر له ، ومقتضى قوله وربما كانت الجارية الخ أنه لا فرق فى عدم دخول الحمل بين الموجود والحادث ، لأنه لو أوصى بحمل جارية ثم مات كان حملها للموصى له وإن تكرر ، ومثل ما ذكر يأتى فى الثمرة مع الشجرة (قوله لما مر) أى من مغايرة الظرف للمظروف (قوله أن كل ما دخل فى مطلق البيع الخ) قضية تخصيص الاستثناء بما ذكره أنه لو أقر له بأرض أو ساحة أو بقعة وفيها شجر أو حجر حى مثبت أو ساقية أو وتد أو غير ذلك من كل منفصل توقف عليه نفع متصل دخل ، ولعله غير مراد لأن هذه المذكورات ليست من مسمى الأرض ، وقد تقدم فى الأصول والثمار ما هو صريح فى عدم الدخول (قوله والحمل والجدار) أى فيما لو أقر له بأرض أو ساحة أو بقعة أما لو أقر له بدار أو بيت دخلت الجدران لأنها من مسماها (قوله أو عبد بعمامته) قياسه أن مثل ذلك ما لو قال له عندى جارية بحملها أو خاتم بفصه إلى آخر الصور السابقة (قوله أو ثوب مطرز) المراد به هنا ما يخاط على كتف الثوب مثلا للزينة من قطع الحرير ونحوها . قال سم على حج : وهل الأمر كذلك وإن كان الطراز بالإبرة نظرا لأنه زائد على الثوب عارض لها ؟ فيه نظر اهـ . ولعل تردده بالنسبة لقوله عليه طراز دون المطرز فإن دخول الحرير فى المطرز بالإبرة اذا قال له عندى ثوب مطرز أو لى من قطع الحرير المخيطة على الكتف ، هذا ولو أقر بثوب ثم أحضر ثوبا فيه طراز وقال لم أرد الطراز ففى سم على حج أن مقتضى ما قيل فيما لو قال عندى خاتم ثم أحضر خاتما به فص وقال لم أرد الفص من عدم القبول فيه عدم القبول هنا . أقول : وقد يفرق بينه وبين الخاتم حيث دخل فصه فيما لو قال عندى خاتم الخ بأن الفص جزء من الخاتم ، بخلاف الطراز فإنه عارض بعد تمام صنعته ، والفص إنما يتخذ فى الخاتم عند صوغه إذا لم يعهد اتخاذ الخاتم بلا فص ثم يركب عليه بخلاف الثوب (قوله إذ الباء بمعنى مع) وعبارة شيخنا الزيادى : بخلاف ما لو أتى بمع : أى فلا يلزمه سوى

(قوله لزمته الجارية والدابة الخ) أسقط ذكر الخاتم فى الموضعين (قوله إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل الخ) ولا يرد خاتم فيه فص وإن أورده السبكى حيث يدخل فى البيع لا هنا لأن الكلام عند الإطلاق كما هو صريح

لفظه وإن كان فى الواقع مرتبا عليه ، وما بحثه ابن الرفعة من إلحاق عليه طراز بما ذكر ، والأوجه خلافه كما بحثه ابن الملقن إذ هو عليه كعليه ثوب ، ولو قال له على ألف فى هذا الكيس لزمه ألف وإن لم يكن فيه شىء لاقتضاء على اللزوم ولا نظر إلى ماعقب به ، فإن وجد فيه دون الألف لزمه تمام الألف كما لو لم يكن فيه شىء فيلزمه الألف ، فإن قال له على الألف الذى فى الكيس فلا تتميم لو نقص ، ولا غرم لو لم يكن فيه شىء لأنه لم يعترف بشىء فى ذمته على الإطلاق ، وفرق أيضا بين المنكر والمعرف بأن الإخبار عن المنكر الموصوف فى قوة خبرين فأمكن قبول أحدهما وإلغاء الآخر ، والإخبار عن المعرف الموصوف يعتمد الصفة فإذا كانت مستحيلة بطل الخبر كله (ولو قال) ابن حائز مثلا لزيد (فى ميراث أبى ألف فهو إقرار على أبيه بدين) لإضافة جميع التركة المضافة إلى الأب دونه ، وهذا واضح فى تعلق المال بجميعها وضعا تعلقا يمنعه من تمام التصرف فيها ، ولا يكون كذلك إلا الدين فاندفع بالتعلق بالجميع احتمال الوصية لأنها إنما تتعلق بالثلث واحتمال نحو الرهن عن دين الغير ، ووجه اندفاع هذا أن الرهن عن دين الغير لايتصور عمومه لها من حيث الوضع ، وعلم من قولنا وضعا مفارقة ذلك قوله له فى هذا العبد ألف حيث قبل تفسيره منه بنحو جناية أو رهن ، لأن كلام الوارث هنا ظاهر فى التعليق بجميع التركة من حيث ذاتها لا بالنظر لزيادة ماذكر عليها أو نقصه عنها وذلك لايوجد إلا فى نحو الدين ، بخلاف الجناية والرهن فإنه إنما يتعلق فى الموجود بقدره منه ، وحينئذ فلا نظر هنا لتفسيره مايعم الميراث ولا ثم إلى تفسيره بما يخص البعض كله فى هؤلاء ألف وفسرها بجناية أحدهم (ولو قال) له (فى ميراثى من أبى) ألف أو نصفه ولم يرد الإقرار ولم يأت بنحو على (فهو وعد هبة) بأن يهبه ألفا لإضافته الميراث لنفسه ، وهو يقتضى عرفا عدم تعلق دين بها ، وما يكون مضافا له يمتنع الإقرار به لغيره كما مر فى مالى لزيد فجعل جزء له منه لايتصور إلا بالهبة كما نص عليه فى المسئلتين ، وقول الشارح وخرج بعضهم فى الثانية أنه إقرار من نصه على أن قوله له فى مالى ألف إقرار رد بأنه

الدابة (قوله مرتبا) عبارة حج مركبا عليه وهى أولى (قوله إذ هو) لكن يؤيد ما قاله ابن الرفعة أن الطراز يطلق عليه أنه من الثوب ولا كذلك الثوب بالنسبة للعبد (قوله عليه) أى الطراز وفى حج إسقاط عليه وهو أولى (قوله الذى فى الكيس) هى مجرد تصوير ، فلو أسقطها وقال الألف فى الكيس كان الحكم كذلك كما يفيده الفرق الآتى ، وفى حج التصريح بذلك (قوله دونه) أى الابن وقوله وهذا واضح أى ظاهر (قوله يمنعه) أى الإبن (قوله ووجه اندفاع هذا) أى الاحتمال (قوله من حيث الوضع) أى وإن أمكن عمومه من حيث الانحصار بأن تكون تركة الأب العبد المرهون فقط (قوله مفارقة ذلك قوله) أى الوارث أو المقر (قوله فإنه إنما يتعلق) يتأمل ، وقوله هنا : أى فى ميراث الحائز ، وقوله ثم : أى نحو قوله فى هذا العبد ألف وتوضيح المقام فى شرح الروض اه سم على حج . ولعل وجه التأمل أن أرش الجناية ودين الرهن يتعلقان بجميع المرهون والجانى لابقدر الدين وحده (قوله فجعل جزء له) أى لغيره اه حج (قوله منه) أى الميراث (قوله رد بأنه) أى ما قيل إنه نص قول مرجوح

العبارة (قوله ولو قال له على ألف فى هذا الكيس الخ) هذا لا مناسبة له فيما نحن فيه من أنه إذا أقر بظرف لايلزمه مظروفه وعكسه ، فلعله إنما أورده هنا لمطلق مناسبة أن فيه صورة الظرف والمظروف (قوله أو نصفه) أى نصف ميراثه (قوله كما نص عليه) أى نص الشافعى فى مسئلتى المتن (قوله رد) يعنى التخريج لا قول الشارح وإن كان هو المخبر عنه فى العبارة ، وكان حق التعبير أن يقول قال الشارح وخرج بعضهم الخ ، ثم يقول وهذا

قول مرجوح ، بل قال بعضهم إنه من خط الناسخ ، وربما أولوه على ما إذا أتى بالتزام كعلى فى مالى . ومحله كما بحثه ابن الرفعة وقال الأسنوى إن فى كلام الرافعى مايشير إليه ما إذا كانت التركة دراهم وإلا فهو كله فى هذا العبد ألف فيعمل بتفسيره . أما غير الحائز إذا كذبه بقية الورثة فيتعلق فى الأولى بقدر حصته فقط . وأما لو أراد الإقرار فى الثانية أو أتى بنحو على كان إقرارا كما فى الشرح الصغير ولو أقر فى الأولى بجزء شائع صح وحمل على وصية قبلها وأجيزت إن زادت على الثلث ولا ينصرف للدين لأنه لايتعلق ببعض التركة بل بكلها ، ذكره الأسنوى ومن تبعه ، وهو أوجه مما فصله السبكى بين النصف فهو وعد هبة والثلث فإقرار بوصية به (ولو قال له على درهم درهم لزمه درهم) واحد وإن كرره ألوفا فى مجالس لاحتماله التأكيد مع انتفاء مايصرفه عنه وأخذ من ذلك رد ما سيأتى فى الطلاق مع رده أيضا من تقييد إفادة التأكيد بثلاث فما دونها (فإن قال ودرهم لزمه درهمان) لأن العطف يقتضى المغايرة وثم كالواو ، وأما الفاء فالنص فيها لزوم درهم مالم يرد العطف لمجيئها كثيرا للتفريع وتزيين اللفظ ومقترنة بجزاء حذف شرطه : أى فيتفرع على ذلك درهم يلزمنى له فتعين القصد فيها كسائر المشتركات ، وإنما وقع فى نظير ذلك من الطلاق طلقتان لأنه إنشاء ، وهو أقوى مع تعلقه بالأبضاع التى مبناها على الاحتياط ، والأوجه فى بل اعتبار قصد الاستئناف فيها وأن مجرد إرادة العطف بها لايلحقها بالفاء لأنها مع قصد العطف لا تنافى قولهم فيها لايلزم معها إلا واحد لاحتمال قصده الاستدراك فيذكر أنه لا حاجة إليه فيعيد الأول (ولو قال) له على (درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأولين درهمان) لمكان الواو كما مر (وأما الثالث فإن أراد به التأكيد الثانى) بعاطفه (لم يجب به شىء) كنظيره فى الطلاق خلافا لمن فرق بينهما (وإن نوى الاستئناف لزمه

(قوله ومحله) أى كون قوله له فى ميراثى من أبى الخ وعد هبة كما يعلم من حج (قوله فيعمل بتفسيره) المراد أنه يكون إقرارا بدين متعلق بالتركة ويطلب تفسيره منه فإن فسره بنحو جناية قبل (قوله وحمل على وصية) أى صدرت من أبيه وقوله قبلها : أى الموصى له (قوله وأجيزت) هذا الحمل يقتضى أنه لو كان ثم وصايا بالثلث غير هذه لم تشارك المقر له فى الجزء الذى عين له لأن الظاهر من قوله له أنه يستحقه ولا يكون كذلك إلا حيث لم يشاركه غيره فيه (قوله من تقييد الخ) بيان لما من قوله ما سيأتى (قوله فتعين القصد) أى توقف اللزوم فيها على قصد العطف ، وقوله فيها : أى الفاء (قوله وإنما وقع فى نظير ذلك من الطلاق) أى وهو مالو قال أنت طالق فطالق (قوله والأوجه) هذا قد يخالف ما استوجهه فيما لو قال كذا بل كذا من التعدد حيث لم يقيد ثم بإرادة الاستئناف إلا أن يحمل ماتقدم على إرادة ذلك وهو خلاف الظاهر (قوله اعتبار قصد الاستئناف) أى فلا يتكرر عند الإطلاق أو إرادة العطف (قوله لايلحقها بالفاء) أى بحيث يتكرر الدرهم بل لايلزمه مع ذلك إلا واحد (قوله فيذكر) أى يتذكر (قوله ودرهم ودرهم) أى أو زاد على ذلك فإن فيه هذا التفصيل ، وهو أنه إن قصد بكل واحد تأكيد مايليه قبل ، وإن قصد به تأكيد مالا يليه أو الاستئناف أو أطلق تعدد (قوله لمكان) أى لوجود (قوله بعاطفه)

التحريج على قول مرجوح بل قال بعضهم الخ ، وقوله بأنه يعنى ما نسب للنص فى له فى مالى (قوله ومحله) أى محل مسئلة المتن الأخيرة كما يعلم من التحفة (قوله فيتعلق فى الأولى بقدر حصته) عبارة التحفة : فيغرم فى الأولى قدر حصته فقط على ما فى بعض نسخها وفى بعضها كالشارح . قال الشهاب سم : المراد من هذه العبارة ما سيأتى فى الفائدة الآتية آخر الفصل بقوله فمن فروعها هنا إقرار بعض الورثة على التركة بدين أو وصية فيشيع حتى لايلزمه إلا قسطه من حصته التركة اهـ (قوله فيتفرع على ذلك درهم يلزمنى) هذا بيان لمعنى التفريع ، ولم يذكر معنى الجزاء ، وقد ذكره حج فى تحفته ولفظه : إن أردت معرفة ما يلزمنى بهذا الإقرار فهو درهم اهـ . ولعله سقط من

ثالث ، وكذا إن نوى تأكيد الأول) بالثالث لمنع الفصل والعاطف منه (أو أطلق فى الأصح) إذ العطف ظاهر فى المغايرة ومقابل الأصح فيهما يلزمه درهمان ، لأن الثانى فى قوله درهم ودرهم ودرهم معطوف على الأول فامتنع تأكيده ، وهنا الثالث معطوف على الثانى على رأى فأمكن أن يؤكد الأول به ، ولو عطف بثم فى الثالث كقوله درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة بكل حال لأنه لابد من اتفاق حرف العطف فى المؤكد والمؤكد ، ولو قال له على درهم بل درهم أولا بل درهم أو لكن درهم لزمه درهم أو درهم بل درهمان أولا بل درهمان أو لكن درهمان لزمه درهمان ، وهذا كله عند انتفاء تعيين الدرهمين ولم يختلف الجنس ، فإن عينهما أو اختلف الجنس كهذا الدرهم بل هذان الدرهمان أوله على درهم بل دينار لزمه ثلاثة دراهم فى الأول ودرهم ودينار فى الثانى لعدم دخول ماقبل بل فيما بعدها ولا يقبل رجوعه عنه ، وكاختلاف الجنس اختلاف النوع والصفة أو له عندى درهمان بل درهم أولا بل درهم أو درهم ودرهم بل درهم لزمه درهمان أو درهم ودرهمان فثلاثة أو درهم مع أو فوق أو تحت درهم أو معه أو فوقه أو تحته درهم فدرهم فقط ، لأنه ربما أراد مع أو فوق أو تحت درهم لى أو معه أو فوقه أو تحته درهم لى أو يريد فوقه فى الجودة وتحته فى الرداءة ومعه فى أحدهما ويلزمه فى علىّ درهم قبل أو بعد درهم أو قبله أو بعده درهم درهمان لاقتضاء القبلية والبعدية المغايرة وتعذر التأكيد ، وفرقوا بين الفوقية والتحتية وبين القبلية والبعدية بأنهما يرجعان إلى المكان فيتصف بهما نفس الدرهم والقبلية والبعدية يرجعان إلى الزمان فلم يتصف بهما نفس الدرهم فلابد من أمر يرجع إليه التقدم والتأخر وليس إلا الوجوب عليه (ومتى أقرّ بمبهم) ولم تمكن معرفته بغير مراجعته (كشىء وثوب وطولب بالبيان) لما أبهمه (فامتنع فالصحيح أنه يحبس) لامتناعه مما وجب ، فإن مات قبل البيان طولب وارثه وتوقف جميع التركة ولو فيما يقبل فيه التفسير بغير المال كما مرّ احتياطا لحق الغير ، وسمعت الدعوى هنا بالمجهول والشهادة به للضرورة إذ لايتوصل لمعرفته إلا بسماعها ، ومن ثم لو أمكن معرفة المجهول من غيره كأن أحاله على معروف كزنة هذه الصنجة أو ما باع به فلان فرسه أو ذكر مايمكن استخراجه بالحساب وإن دق لم تسمع

قضيته أنه لو لم يرد ذلك بل أراد تأكيد الثانى مجردا عن عاطفه وجب ثالث ، ويوجه بأن المؤكد حينئذ زائد على المؤكد فأشبه توكيد الأول بالثانى (قوله لزمه درهم) تقدم أنه يتعدد إن قصد الاستئناف ببل فلعل ما هنا عند الإطلاق أو إرادة العطف (قوله أولا بل درهمان) أى بأن قال فى إقراره له على درهم لا بل الخ فلا فرق بين ذكر لا وعدمه (قوله لزمه ثلاثة) الأنسب بما مر لزمه الثلاثة المعينة فى الأول (قوله فالصحيح) لم يذكر الشارح مقابل الصحيح ، وعبارة المحلى : والثانى لايحبس لإمكان حصول الغرض بدون الحبس (قوله أنه يحبس) هلا قال يعزر بحبس أو غيره ليشمل كل مايحصل به التعزير من ضرب أو غيره . وقد يقال : وجه الاقتصار على الحبس أنه محل الخلاف فى كلامهم (قوله طولب وارثه) قضية اقتصاره على مطالبة الوارث أنه إن امتنع لم يحبس ، وقد يوجه بأنه لايلزم من كونه وارثا علمه بمراد مورثه والمقر له يمكنه الوصول إلى حقه بأن يذكر قدرا به ويدعى ، فإن امتنع الوارث من الحلف على أنه لايعلم أنه مراد المورث ونكل عن اليمين ردت على المقر له فيحلف ويقضى بما ادعاه ثم رأيت فى ابن عبد الحق له ما يصرح به وبقى ما لو لم يعين الوارث ولا المقر له شيئا لعدم علمهما بما أراده المقر فماذا يفعل فى التركة ؟ فيه نظر ، والأقرب أن القاضى يجبرهما على الاصطلاح على شئ لينفك التعلق بالتركة إذا كان ثم ديون متعلقة بها وطلبها أربابها (قوله من غيره) أى المقر (قوله وإن دق) أى قل جدا

الشرح من النساخ (قوله كزنة هذه الصنجة) أى من الذهب مثلا كما فى التحفة ، فلا ينافى مامر فى مثل ما فى يد

ولم يحبس ، والأوجه إلحاق المجنون بالغائب . وقد نقل الهروى عن الشافعى فيه أن له أن يعين مقدارا ويحلف عليه وعلى أن المقر أراده بإقراره ويأخذه وقد يتوقف فى اشتراط الحلف على أنه أراده بإقراره (ولو بين) المقرّ إقراره المبهم تبيينا صحيحا (وكذبه المقرّ له) فى ذلك (فليبين) المقرّ له جنس الحق وقدره وصفته (وليدع) به إن شاء (والقول قول المقرّ فى نفيه) أى ما ادعاه المقرّ له ثم إن ادعى بزائد على المبين من جنسه كأن بين بمائة وادعى بمائتين فإن صدقه على إرادة المائة ثبتت وحلف المقرّ على نفى الزيادة ، وإن قال بل أردت المائتين حلف على نفى إرادتهما وأنه لايلزمه سوى مائة ، فإن نكل حلف أنه يستحقهما لا أنه أرادهما لأن الإقرار لايثبت حقا وإنما هو إخبار عن حق سابق ، وبه فارق حلف الزوجة أن زوجها أراد الطلاق بالكناية لأنه إنشاء يثبت الطلاق ، أو من غير جنسه كأن بين بمائة درهم فادعى بمائة دينار فإن صدقه على إرادة الدراهم أو كذبه فى إرادتها وقال إنما أردت الدنانير فإن وافقه على أن الدراهم عليه ثبتت لاتفاقهما عليها وإلا بطل الإقرار بها وكان مدعيا للدنانير فيحلف المقرّ على نفيها ، وكذا على نفى إرادتها فى صورة التكذيب (ولو أقرّ بألف) فى يوم (ثم أقرّ له بألف فى يوم آخر لزمه ألف فقط) ولو كتب بكل وثيقة محكوما بها لأنه إخبار ، ولا يلزم من تعدده تعدد المخبر عنه إلا إذا عرض مايمنع منه ، ولا يرد ذلك على قاعدة أن النكرة إذا أعيدت كانت غير الأولى لأن هذا مع كونه مختلفا فيه غير مشتهر ولا مطرد ، إذ كثير ماتعاد وهى عين الأولى كما فى نحو ـ وهو الذى فى السماء إله وفى الأرض إله ـ فلم يعمل بقضيتها لذلك وبفرض تسليم اطرادها فصرف عن ذلك قاعدة الباب وهو الأخذ باليقين مع الاعتضاد بالأصل وهو براءة الذمة مما زاد على الواحد (ولو اختلف القدر) كأن أقرّ له بألف فى يوم وفى آخر قبله أو بعده بخمسمائة (دخل الأقل فى الأكثر) لاحتمال كونه قد ذكر بعض ما أقرّ به (ولو وصفهما بصفتين

(قوله ولم يحبس) هو ظاهر مادام المحال عليه باقيا فلو تلفت الصنجة أو ما باع به فلان فرسه هل يحبس أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن إقراره صحيح وتعذرت معرفة المقرّ به من غيره فيرجع فى التفسير إليه لأنه الأصل (قوله والأوجه إلحاق المجنون بالغائب) أى فيما لو أقر ثم جن أو أقر وهو حاضر ثم سافر أو فى سفره ثم شهد عليه به وأراد المقر له أخذه (قوله فيه) أى الغائب (قوله وقد يتوقف فى اشتراط الحلف) أى فينبغى أن لايقبل قوله فى شىء حتى يحضر الغائب أو يفيق المجنون فيبين ، وهذا هو الذى ينبغى العمل به ، لكن المفهوم من كلامه أنه يكفى تعينه والحلف على استحقاقه فيسلم له مايدعيه ، وعليه فإذا حضر الغائب وأفاق المجنون قبل قوله بيمينه إنه لايستحق ماذكره وأنه لم يرده بإقراره (قوله تبيينا صحيحا) أى بأن فسر مايقبل منه (قوله وأنه لايلزمه سوى مائة) ويكفى لهما يمين واحدة على الصحيح المنصوص انتهى شيخنا زيادى (قوله فإن نكل) أى المقر (قوله حلف) أى المقرّ له (قوله وبه) أى بكونه إخبارا عن حق (قوله وإلا بطل الإقرار بها) أى الدراهم (قوله ثم أقر بألف فى يوم آخر لزمه) بقى ما لو اتحد الزمن كأن أقر فى ثانى عشر ربيع الثانى بأنه أقرضه بمصر فى ذلك اليوم ألفا ثم ثم أقر له فى اليوم المذكور بأنه أقرضه بمكة فى ذلك اليوم ألفا فهل يلزمه ألف فقط أو يلزمه الألفان ؟ فيه نظر والأقرب أن يقال يتعذر الإقرار فى مصر ومكة فى يوم واحد فتسقط الإضافة إليهما لأن الإضافة إلى أحدهما ترجيح بلا مرجح والنسبة إليهما معا مستحيلة (قوله ولو كتب) غاية ، وقوله محكوما بها أى فيها بالإقرار بالألف

زيد ، ومثله يقال فى المثال بعده (قوله إلا إذا عرض مايمنع منه) صوابه إلا إذا عرض مايقتضيه

مختلفتين) تأكيد لما قبله كمائة صحاح فى مجلس ومائة مكسرة فى آخر (أو أسندهما إلى جهتين) كثمن مبيع مرة وبدل قرض أخرى (أو قال قبضت) منه (يوم السبت عشرة ثم قال قبضت يوم الأحد عشرة لزما) أى القدران فى الصور الثلاث لتعذر اتحادها ، إذ اختلاف الوصف أو السبب يوجب اختلاف الموصوف أو المسبب ، ومن ثم لو أطلق مرة وقيد أخرى حمل المطلق على المقيد ولم يلزمه غيره (ولو قال له علىّ ألف من ثمن خمر أو كلب) مثلا (أو ألف قضيته لزمه الألف) ولو كافرا ، جاهلا كما اقتضاه كلامهم (فى الأظهر) إلغاء لآخر لفظه الرافع لما أثبته فأشبه علىّ ألف لاتلزمنى ، نعم لو قال ظننته يلزمنى حلف المقرّ له على نفيه رجاء أن ترد اليمين عليه فيحلف المقر ولا يلزمه ، ولو صدقه المقرّ له على ذلك فلا شىء على المقرّ ، وإن كذبه وحلف لزمه المقرّ به مالم تقم بينة على المنافى فلا يلزمه ، وما بحثه بعضهم وتبعه غيره فى حنفى أقر بأن لزيد عنده مائة قيمة نبيذ أتلفه عليه أنه لو رفع لشافعى وقد أقرّ بذلك لايلزمه لانتفاء قصده رفع حكم الإقرار فليس مكذبا لنفسه محل نظر ، بدليل قولهم إن العبرة بعقيدة الحاكم لا الخصم ، وحيث كان كذلك فالحاكم الشافعى يحمله على تعقيب الإقرار بما يرفعه ويلزمه بذلك ، ومقابل الأظهر لايلزمه شىء لأن الكل كلام واحد فتعتبر جملته ولا يتبعض ويفصل أوله عن آخره ، وعليه فللمقر له تحليفه أنه كان من ثمن خمر ، ولو قال له على من ثمن خمر مثلا كذا لم يلزمه قطعا ، ولو أشهد على نفسه أنه سيقر له بما ليس عليه فأقرّ أن لفلان عليه كذا لزمه ولم ينفعه الإشهاد ، ولو قال كان له علىّ ألف ولم

(قوله تأكيد) أى قوله مختلفتين ، وقوله لما قبله : أى قوله بصفتين (قوله ومن ثم لو أطلق) ومنه مالو أقر بأنه نذر له ألفا ثم أقر بأن له عليه ألفا فيحمل الألف المطلق على المقيد سواء سبق إقراره بالمقيد أو المطلق (قوله ولو كافرا) قد يتوقف فيه إذا كان المقرّ والمقرّ له كافرين بعلمنا بالتعامل بالخمر فيما بينهم وباعتقادهم حله ، وقضيته عدم لزوم الألف قياسا على مالو نكحها بخمر فى الكفر وأقبضه لها ثم أسلما ، ولا ينافيه ما يأتى من أن العبرة بعقيدة الحاكم . لأنا نقول : القرينة مخصصة ومقتضاها عدم اللزوم فليس هو من تعقيب الإقرار بما يرفعه ، وسيأتى مايصرح بهذا التوقف عن سم فى قوله قد يقال اعتبار عقيدة الحاكم الخ (قوله جاهلا) سيأتى مايفيد قبول ذلك منه لو قطع بصدقه ككونه بدويا جلفا فما هنا محله حيث لايذكر ما يمنع من صحة الإقرار (قوله أتلفه عليه) أى وكذبه المقر له (قوله لانتفاء قصده) أى الحنفى (قوله محل نظر) قد يقال اعتبار عقيدة الحاكم لاينافيه العمل بالقرينة ، لكن قضيته عدم اللزوم إذا كان المقر كافرا أيضا للقرينة وهو وجيه اهـ سم على حجج (قوله عليه) أى المقابل وقوله لم يلزمه قطعا : أى سواء كان مسلما أو كافرا عالما أو جاهلا ، ونقل فى الدرس عن سم مايوافقه (قوله ولم ينفعه الإشهاد) وخرج بالإشهاد مالو صدقه المقر له حين الإقرار الأول على أنه لايستحق عنده شيئا ثم أقر له بشىء فينبغى أن يقال إن مضى زمن يمكن لزوم ذمة المقر بما أقر به لزمه عدم منافاته تصديق المقر له وإن لم يمض ذلك لم يلزمه شىء (قوله ولو قال كان له على ألف) عبارة سم على حجج : ولو قال كان له على ألف قضيته فلغو

(قوله إذ اختلاف الوصف أو السبب الخ) كأنه أدخل فى هذا تعليل المسئلة الثالثة توسعا تنزيلا لاختلاف الإضافة إلى الزمن منزلة اختلاف الوصف (قوله نعم لو قال ظننته يلزمنى) عبارة التحفة : نعم إن قال من نحو خمر وظننته يلزمنى (قوله حلف المقر له على نفيه) أى نفى كونه من ثمن خمر (قوله مالم تقم بينة على المنافى) انظر ماوجه قبول هذه البينة مع أنه يحتمل أنه لزمه الألف بسبب آخر فهى شاهدة بنفى غير محصور (قوله بدليل قولهم الخ) أى ولأنه كالكافر بالنسبة للخمر مثلا فيما مر بل أولى ، ولعل هذا الباحث يجعل الكافر مثله فى ذلك (قوله فالحاكم الشافعى يحمله الخ)

يكن فى جواب دعوى فلغو كما مرّ لانتفاء إقراره له حالا بشىء ، ويفرق بينه وبين كان له علىّ ألف وقد قضيته بأن جملة قضيته وقعت حالا مقيدة لعلىّ فاقتضت كونه معترفا بلزومها إلى أن يثبت القضاء وإلا فيبقى اللزوم ، بخلاف الأول فإنه لا إشعار فيه بلزوم شىء حالا أصلا فكان لغوا ، ولو قال له على ألف أولا بسكون الواو فلغو للشك ، ولو شهدا عليه بألف درهم وأطلقا قبلا ، ولا نظر لقوله إنها من ثمن خمر ، ولا يجاب لتحليف المدعى ، وللحاكم استفسارهما على الوجه الملزم بالألف ، ولو قال له علىّ ألف أخذته أنا وفلان لزمه الألف ، ولا ينافيه قولهم لو قال غصبنا من زيد ألفا ثم قال كنا عشرة أنفس وخالفه زيد صدق الغاصب بيمينه لأنه أتى هنا بنون الجمع الدالة على ماوصله به فلا رفع فيه (ولوقال) له على الألف (من ثمن) بيع فاسد لزمه الألف أومن ثمن (عبد لم أقبضه إذا سلمه) إلى (سلمت) له الألف وأنكر المقرّ له البيع وطالبه بالألف (قبل) إقراره كماذكر (على المذهب وجعل ثمنا) إذ المذكورآخرا لايرفع ماذكر أوّلا ، ولا بد من اتصال قوله من ثمن عبد ، والأوجه إلحاق

كذا فى أصل الروض ، وفى شرح مر ما نصه : ولو قال كان على الخ ، ويفرق بينه وبين كان له على ألف وقد قضيته بأن جملة قضيته وقعت حالا مقيدة لعلىّ فاقتضت كونه معترفا بلزومها إلى أن يثبت القضاء وإلافينبغى اللزوم بخلاف الأول فإنه لا إشعار فيه بلزوم شىء حالا أصلا فكان لغوا اهـ. فليتأمل فيه فى نفسه ثم مع مسئلة الروض المذكورة ، فإن قضيته بدون الواو حال أيضا ، إلا أن يقال : هى مع الواو أقرب للحالية ، لكن ليس فى كلام مر قضيته ، وإنما قال كان له على ألف والفرق عليها ظاهر (قوله وقد قضيته) حيث لزمه ، وقوله بخلاف الأولى هى قوله ولو قال كان له الخ (قوله وللحاكم استفسارهما) أى فإن امتنعا لم يؤثر فى شهادتهما فيما يظهر كما يأتى بقيده فى الشهادات فى بحث المنتقبة وغيرها اهـ حج . وقد يقال بالتأثير لجوازأن يعتقد لزومه بوجه لايراه القاضى (قوله لزمه الألف) أى ولا شىء على فلان (قوله وخالفه زيد) أى فادعى أنه غصبه وحده مثلا ، وقوله صدق الغاصب : أى فيلزمه عشر الألف (قوله الدالة على ما وصله) وعليه فلو قال هنا أنا وفلان أخذنا من زيد ألفا كان كالغاصب فيلزمه النصف (قوله من ثمن بيع فاسد) أى من ثمن مبيع ببيع فاسد (قوله ولا بد من اتصال قوله من ثمن عبد) أى بخلاف قوله لم أقبضه فيقبل سواء قاله متصلا به أو منفصلا عنه اهـ شرح منهج . أقول . والفرق بين قوله من ثمن عبد وبين قوله لم أقبضه أن ذكر الثمن بعد قوله له علىّ ألف قد يؤدى إلى إسقاط الحق بعد لزومه كأن يتلف المبيع فى يد البائع فلم يقبل منه ووجب الألف لاحتمال كونه بسبب آخر لايقتضى السقوط

وظاهر أنه يأتى هنا ما مر فى الاستدراك من تحليف المقر له رجاء أن يرد اليمين (قوله ولم يكن فى جواب دعوى) انظر ماحكم مفهومه (قوله ولابد من اتصال قوله من ثمن عبد الخ) عبارة التحفة : ولابد من اتصال قوله من ثمن عبد ، ويلحق به فيما يظهر كل تقييد لمطلق أو تخصيص لعام كاتصال الاستثناء كما هو ظاهروإلا لبطل الاحتجاج الخ ، فقوله كاتصال الاستثناء متعلق بقوله اتصال من قوله ولابد من اتصال الخ ، ومراده بذلك أن ضابط الاتصال هنا كضابطه الآتى فى الاستثناء ، وقوله ويلحق به الخ معترض بين المتعلق والمتعلق كما لايخفى ، والشارح فهم أن مراده أنه يقيس كلا من تقييد المطلق وتخصيص العام والاستثناء على ماهنا فى وجوب مطلق الاتصال فعبر عنه بما ترى مع أنه غير ما أراده قطعا ، كيف ووجوب اتصال الاستثناء سيأتى قريبا فى المتن فكيف يبحثه بقوله فيما يظهر فيجب إصلاح عبارة الشارح بأن يحذف منها لفظ بما تقرر ويجعل بدله لفظ به عقب قوله

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كل تقييد لمطلق أو تخصيص لعام كاتصال الاستثناء بما تقرر وإلا لبطل الاحتجاج بالإقرار بخلاف لم أقبضه ، وقوله إذا إلى آخره إيضاح لحكم لم أقبضه وكذا جعل ثمنا مع قبل . والطريق الثانى طرد القولين فى المسئلة قبلها لأنه يرفعه على تقدير عدم إعطاء العبد . ولو أقرّ بقبض ألف عن قرض أو غيره ثم ادعى عدم قبضه قبل لتحليف المقرّ له بخلاف مالو قال أقرضنى ألفا ثم ادعى أنه لم يقبضه فإنه يقبل كما جرى عليه الشاشى وغيره تبعا للماوردى فى الحاوى وقال فى المطلب : لا أظن أن يأتى فيه خلاف ، ولا فرق فى القبول بين أن يقول ذلك متصلا أو منفصلا . وقد صرح به الماوردى فى الحاوى وهو المعتمد خلافا لما فى الشامل . ولو ادعى عليه بألف فقال له علىّ ألف من ثمن مبيع لم يلزمه شىء إلا أن يقول من ثمن قبضته منه ، بخلاف له علىّ تسليم ألف ثمن مبيع لأن علىّ وما بعدها هنا تقتضى أنه قبضه . ومن ثم لو ادعى عدم قبضه لم يقبل (ولو قال له على ألف إن شاء الله) أو إن أو إذا مثلا شاء أو قدم زيد أو إلا أن يشاء أو يقدم أو إن جاء رأس الشهر ولم يرد التأجيل (لم يلزمه شىء على المذهب) لأنه لم يجزم بالإقرار بل علقه بما هو مغيب عنا كما فى نظيره من الطلاق ، ومن ثم اعتبر هنا قصده التعليق قبل فراغ الصيغة كما بحثه الأسنوى وفارق من ثمن كلب بأن دخول الشرط على الجملة يصيرها جزءا من جملة الشرط فلزم تغيير أول الكلام ، بخلاف من ثمن كلب لأنه غير مغير بل مبين لجهة اللزوم بما هو باطل شرعا فلم يقبل . والطريق الثانى أنه على القولين فى قوله من ثمن خمر لأن آخره يرفع أوله وردّ بما مرّ (ولو قال ألف لا تلزم لزمه) لأنه غير منتظم فلم يبطل به الإقرار (ولو قال له على ألف ثم جاء بألف وقال : أردت هذا وهو وديعة فقال المقر له لى عليك ألف آخر) غير ألف الوديعة وهو الذى أردته بإقرارك (صدق المقر فى الأظهر بيمينه) أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرى إليه وأنه لم يرد بإقراره سوى هذه لأن عليه حفظ الوديعة فصدق لفظه بها ، ويحتمل أنه تعدى بها فصارت مضمومة عليه فحسن الإتيان فيها بعلىّ وقد تستعمل علىّ بمعنى عندى كما فى ـ ولهم علىّ ذنب ـ والثانى يصدق المقرّ له لأن كلمة علىّ ظاهرة فى الثبوت فى الذمة والوديعة لا تثبت فيها (فإن كان قال) له ألف (فى ذمتى أو دينا) ثم جاء بألف وفسر بالوديعة كما تقرر (صدق المقرّ له) بيمينه (على المذهب) إذ العين لا تكون فى الذمة ولا دينا والوديعة لا تثبت فى ذمته بالتعدى بل بالتلف ولا تلف ، وأفهم قوله ثم جاء أنه لو قال علىّ ألف وديعة قبل ، بخلاف مالو قال له على ألف فى ذمتى أو دينا وديعة فلا يقبل متصلا ولا منفصلا على ماقاله بعض المتأخرين فأشبه ما لو قال له علىّ ألف من ثمن خمر ، لكن الأوجه قبوله متصلا لا منفصلا ، وقوله وأردت هذه أنه لو جاء هنا بألف وقال الألف التى أقررت بها كانت وديعة وتلفت وهذه بدلها قبل منه لجواز أن يكون تلف منه بتفريطه فيكون ثابتا فى ذمته كما اقتضاه كلام أبى الطيب وابن الصباغ ، وقال ابن الرفعة : إنه المشهور . والطريق الثانى

(قوله بما تقرر) أى أنه لابد من اتصاله (قوله لم يلزمه شىء) أى لم يلزمه تسليم شىء (قوله ولم يرد التأجيل) أى فإن قصد التأجيل ولو بأجل فاسد فيلزمه ما أقرّ به ، قاله فى شرح الروض اهـ سم على حج . وقول سم بأجل فاسد : أى كأن قال له علىّ ألف إذا جاء الحصاد (قوله ومن ثم اعتبر هنا قصده التعليق) ينبغى أن المراد قصد الإتيان بالصيغة أعم من الإتيان بها بقصد التعليق أو مع الإطلاق بخلاف قصد التبرك فليتأمل اهـ سم على حج (قوله وفارق) أى قوله إن شاء الله الخ (قوله لكن الأوجه قبوله) قد ينافى هذا ما تقدم من قوله إذ العين لايكون فى الذمة الخ ،

أو تخصيص لعام ليوافق عبارة التحفة (قوله بل علقه بما هو مغيب عنا) هذا تعليل لما فى المتن خاصة كما هى عادته فى غالب التعاليل (قوله وأفهم قوله ثم جاء أنه لو قال الخ) عبارة التحفة : وأفهم قوله ثم جاءته لو وصله

حكاية وجهين ثانيهما القول فيه قول المقر بجواز أن يريد لزوم ذلك عند تلف الوديعة (قلت : فإذا قبلنا التفسير بالوديعة فالأصح أنها أمانة فتقبل دعواه) وإن طالت المدة (التلف) الواقع (بعد) تفسير (الإقرار) بما ذكر (ودعوى الرد) الواقع بعده أيضا لأن هذا شأن الوديعة . والثانى أنها تكون مضمونة حتى لاتقبل دعواه التلف والرد نظرا إلى قوله علىّ الصادق بالتعدى فيها . وأجاب الأوّل بصدق وجوب حفظها وخرج بقوله بعد الإقرار الذى هو ظرف للتلف كما تقرر مالو قال أقررت بها ظانا بقاءها ثم بان لى أو ذكرت تلفها أو إنى رددتها قبل الإقرار فلا يقبل لأنه يخالف قوله علىّ كما قاله السبكى وجرى عليه الأسنوى (وإن قال له عندى أو معى ألف صدق) بيمينه (فى دعوى الوديعة و) دعوى (الرد والتلف) الواقعين بعد تفسير الإقرار نظير ما تقرر فى على (قطعا . والله أعلم) إذ لاإشعار لعندى ومعى بذمة ولا ضمان (ولو أقر ببيع) مثلا (أو هبة وإقباض) بعدها (ثم قال) ولو متصلا فثم لمجرد الترتيب (كان) ذلك (فاسدا وأقررت لظنى الصحة لم يقبل) لأن الإسم محمول عند الإطلاق على الصحيح ، ولأن الإقرار يراد به الالتزام فلم يشمل الفاسد لانتفاء الالتزام فيه . نعم لو كان مقطوعا بصدقه بمقتضى ظاهر الحال كبدوى جلف فالأوجه قبوله ، واحترز بقوله وإقباض عما لو اقتصر على الإقرار بالهبة فإنه لايكون مقرا بالإقباض ، فلو قال وهبته له وخرجت إليه منه أو وملكه لم يكن إقرارا بالقبض لجواز إرادة الخروج إليه منه بالهبة ، ويؤخذ منه أن الفقيه الذى لايخفى عليه ذلك بوجه يكون فى حقه بمنزلة الاعتراف بالإقباض وهو ظاهر ، ومحل مامر حيث لم يكن بيد المقر له وإلا فهو إقرار بالقبض (وله تحليف المقرّ له) على نفى كونه فاسدا لإمكان ما يدعيه وقد تخفى جهات الفساد عليه ولا تقبل منه البينة لتكذيبها بإقراره السابق (فإن نكل) عن الحلف (حلف المقر) أنه كان فاسدا وحكم به (وبرئ) لأن اليمين المردودة كالإقرار وتعبيره ببرئ صحيح لأنه وإن كان النزاع فى عين فقد يترتب عليه دين كالثمن فغلب على أنه يصح أن يريد ببرئ بطل الذى بأصله . وأجاب الوالد رحمه الله تعالى بأن قوله وبرئ أى من الدعوى فيشمل حينئذ العين والدين فلا اعتراض حينئذ على المصنف وإن كان الشارح قد سلم الاعتراض (ولو قال هذه الدار) مثلا (لزيد بل) أو ثم والفاء هنا

إلا أن يقال : إن قوله ذلك متصلا دل على أنه لم يرد بفى ذمتى ودينا معناهما بل أراد بفى ذمتى معنى جهتى أو قبلى وأن دينا معناه كالدين فى لزوم رده لمالكه (قوله الواقع بعد تفسير الإقرار الخ) فضيته أنه لو أضاف الإتلاف أو الرد بعد التفسير إلى مابينه وبين الإقرار لم يقبل منه ، والمعتمد خلافه كما نقله سم على منهج عن الشارح ، ويمكن جعل الإضافة فى كلامه بيانية ويكون التفسير هو نفس الإقرار (قوله ثم بان لى) قد يتوقف فى عدم القبول فى قوله بان لى تلفها لأنه أخبر بأن إقراره بناء على الظاهر من بقائها وقوله أو ذكرت أى تذكرت (قوله لم يقبل) أى بالنسبة لسقوط الحق وله تحليف المقرّ له أن كلا منهما صحيح كما يأتى (قوله لجواز إرادة الخروج) أى أو الملك (قوله بوجه يكون) أى خرجت الخ (قوله ومحل مامر) أى فى قوله لايكون مقرا بالإقباض (قوله فهو إقرار بالقبض) وفيه أن مجرد اليد لايستلزم كون القبض عن الهبة بل يجوز كونه فى يده عارية أو غصبا ولم يأذن له بعد الهبة فى القبض عنها (قوله وحكم به) أى الفساد

كعلىّ ألف وديعة قبل (قوله كما تقرر) أى بقوله الواقع (قوله لجواز إرادة الخروج إليه منه بالهبة) أى أو أنه يعقد الملك بمجرد الهبة (قوله على أنه يصح أن يريد ببرئ بطل) عبارة التحفة : أن يريد ببرئ غاية بطل انتهت. فلعل لفظ غاية سقط من الشرح من الكتبة ، وإلا فالبراءة لايصح أن يراد بها البطلان لتباين مفهوميهما من كل وجه

مثلها ، وفيما يأتى (لعمرو أو غصبتها من زيد بل) أو ثم كما فى الوسيط (من عمرو سلمت لزيد) إذ من تعلق حقه بشىء بمقتضى إقرار أحد به لم يملك رجوعه عنه سواء أقال ذلك متصلا بما قبله أم منفصلا عنه وإن طال الزمن (والأظهر أن المقرّ يغرم قيمتها) ولو مثلية (لعمرو) إن أخذها زيد منه جبرا بالحاكم لحيلولته بينه وبين ملكه بإقراره الأول كما يضمن قنا غصبه فأبق فى يده. والثانى لايغرم له لأن الإقرار الثانى صادف ملك الغير فلا يلزمه به شىء كما لو أقر بالدار التى بيد زيد لعمرو ويجرى الخلاف فى غصبتها من زيد وهو غصبها من عمرو كما هو أوجه الوجهين ورجحه السبكى ، فإن قال غصبتها منه والملك فيها لعمرو وسلمت لزيد لأنه اعترف له باليد ولا يغرم لعمرو لجواز كونها ملك عمرو وهى فى يد زيد بإجارة أو وصية بمنافعها أو نحو ذلك كرهن ، ولو قال عن عين فى تركة مورثه هذه لزيد بل لعمرو ففى غرمه له طريقان : أوجههما القطع بعدمه والفرق كونه معذورا هنا لعدم كمال اطلاعه . ثم شرع فى بيان الاستثناء وهو إخراج ما لولاه لدخل بنحو إلا فقال (ويصح الاستثناء) هنا ككل إنشاء وإخبار لوروده فى الكتاب والسنة وهو مأخوذ من الثنى بفتح فسكون : أى الرجوع لرجوعه عما اقتضاه لفظه (إن اتصل) بالإجماع وما حكى عن ابن عباس قيل لم يثبت عنه ولئن ثبت فهو مؤوّل . نعم السكوت اليسير بقدر سكتة تنفس أو عىّ أو تذكر أو انقطاع صوت غير مضرّ ويضر كلام أجنبى يسير أو سكوت طويل ، فلو قال له علىّ ألف الحمد لله إلا مائة أو أستغفر الله أو يافلان ضرّ على ما أشار إليه فى الروضة ، فإنه لما نقل صحة الاستثناء مع ذلك نظر فيه واستوضح غيره النظر فى يافلان بخلافه فى أستغفر الله لقول الكافى لايضرّ لأنه

(قوله والأظهر أن المقرّ يغرم قيمتها) وهل يجب مع القيمة أجرة مثلها مدة وضع الأول يده عليها لأن المغروم للحيلولة كما فى سائر صور الغصب أو لا ؟ فيه نظر اهـ سم على حج . والأقرب الأول . لايقال : لايلزم من كونه أقرّ بها للثانى استحقاق الثانى منفعتها لجواز كونه أجرها هو أو غيره واشتراها مثلا مسلوبة المنفعة . لأنا نقول : ماذكر خلاف الظاهر ، والأصل أن من ملك منفعتها حتى يوجد مايخالفه وبقى مالو رجع المقرّ به للمقرّ بعد غرم القيمة هل له حبسه حتى يرد له ما غرمه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول . ثم رأيت سم على بهجة ذكر خلافا فى الغاصب إذا غرم القيمة للحيلولة هل يجوز له حبس العين المغصوبة حتى يسترجع القيمة أم لا ؟ وذكر أن المعتمد منه عدم جواز الحبس فيحتمل أن ماهنا مثله فلا يجوز الحبس ويحتمل خلافه ، وهو قياس ما فى المجموع من عدم جواز حبس البيع ونحوه بعد الفسخ ليقبض الثمن ، وإن جرى فى الروضة على جواز الحبس للمبيع ونحوه فى جميع الفسوخ ، وجرى الشارح فى المبيع قبل قبضه على ما فى الروضة وفى خيار العيب على ما فى المجموع (قوله ولو كانت مثلية) وفى بعض النسخ إن كانت متقوّمة ومثلها إن كانت مثلية ، وقال سم : إنه رجع عما فى ذلك البعض إلى هذه النسخة (قوله ويجرى الخلاف فى غصبتها من زيد) أى فتسلم لزيد ويلزمه قيمتها لعمرو (قوله وهى فى يد زيد) أى لعمرو (قوله أوجههما القطع بعدمه) أى عدم الغرم لعمرو (قوله وما حكى عن ابن عباس) من عدم اشتراط الاتصال (قوله أو استغفر الله الخ) عبارة حج وكذا الخ وهى تفيد أنه لم ينظر فى الروضة فى الحمد لله (قوله واستوضح غيره النظر فى يافلان) سكت عن الفصل

كما لايخفى (قوله لم يملك) أى الأحد (قوله والفرق) أى بين هذه ونظيرتها فى المتن (قوله على ما أشار إليه فى الروضة) يعنى فى أستغفر الله ويافلان ، وإلا فمسئلة الحمد لله ليست فى الروضة (قوله واستوضح غيره النظر فى يافلان) أى ومثله الحمد لله كما يؤخذ من علة الكافى وصرح به الزيادى

لاستدراك ماسبق وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، ويشترط أن يقصده قبل فراغ الإقرار كما فى نظيره من الطلاق ولكونه رفعا لبعض ماشمله اللفظ احتاج إلى نية ولو كان إخبارا ولا بعد فيه خلافا للزركشى (ولم يستغرق) المستثنى المستثنى منه ، فإن استغرقه كخمسة إلا خمسة كان باطلا بالإجماع إلا من شذ لما فى ذلك من المناقضة الصريحة ، ولهذا لم يخرجوه على الجمع بين مايجوز وما لايجوز لانتفاء المناقضة فيه ، هذا كله إن اقتصر عليه ، وإلا كخمسة إلا خمسة إلا ثلاثة فهو صحيح لأنه استثنى من الخمسة خمسة إلا ثلاثة وخمسة إلا ثلاثة اثنان أو لأن الاستثناء من النفى إثبات وعكسه كما قال (فلو قال له) علىّ (عشرة إلا تسعة) أى إلا تسعة لاتلزم (إلا ثمانية) تلزم فتضم الواحد الباقى من العشرة فلذا كان الواجب ماذكره بقوله (لزمه تسعة) وطريق ذلك ونظائره أن تجمع كل مثبت وكل منفى وتسقط هذا من ذاك فالباقى هو الواجب ، فمثبت هذه الصورة ثمانية عشر ومنفيها تسعة أسقطها منها تبقى تسعة ، ولو زاد عليها إلى الواحد كان مثبتها ثلاثين ومنفيها خمسة وعشرين أسقطها منها تبقى خمسة ، هذا كله عند تكرره من غير عطف ، وإلا كعشرة إلا خمسة وثلاثة أو إلا خمسة وإلا ثلاثة كانا مستثنيين من العشرة فيلزمه درهمان ، فإن كان لو جمعا استغرقا كعشرة إلا سبعة وثلاثة اختص البطلان بما به الاستغراق وهو الثلاثة فيلزمه ثلاثة ، وفى ليس له علىّ شىء إلا خمسة يلزمه خمسة وفى ليس له على عشرة إلا خمسة لايلزمه شىء لأن عشرة إلا خمسة خمسة ، فكأنه قال ليس له علىّ خمسة بجعل النفى موجها إلى كل من المستثنى والمستثنى منه وإن كان خارجا عن القاعدة السابقة أنه من النفى إثبات احتياطا للإلزام ، وفى ليس له علىّ أكثر من مائة لاتلزم المائة ولا أقل منها ، ولا يجمع مفرق فى المستثنى منه ولا فى المستثنى ولا فيهما لاستغراق ولا لعدمه فعلىّ درهمان ودرهم إلا درهما مستغرق وثلاثة إلا درهمين ودرهما أو إلا درهما ودرهما ودرهما نلغى درهما لحصول الاستغراق به فيجب درهم ، وكذا ثلاثة إلا درهما ودرهما يلزمه درهم لجواز الجمع هنا فلا استغراق ، ولو قال له علىّ شىء إلا شيئا أو مال إلا مالا أو نحوهما فكل من المستثنى والمستثنى منه مجمل فليفسرهما ، فإن فسر الثانى بأقل مما فسر به الأول صح الاستثناء وإلا لغا ، ولو قال له علىّ

بالحمد لله والقياس الضرر ، ثم رأيت شيخنا الزيادى جزم به فى حاشيته ومثل ذلك فى الضرر الفصل بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم (قوله قبل فراغ الإقرار) أى ولو مع آخر حرف منه أو عند أول حرف مثلا وإن عزبت النية قبل فراغ الصيغة ، ثم قضية قوله ويشترط أن يقصده الخ أنه لابد من قصد الإخراج قبل الفراغ من الصيغة ، وقياس ماتقدم عن سم فى التعليق بإن شاء الله فى قوله ينبغى أن المراد قصد الإتيان بالصيغة إلى آخره أن يكتفى هنا بقصد الإتيان بصيغة الاستثناء قصده أو أطلق (قوله ولم يستغرق) أى وأن يسمعه من بقربه (قوله فهو صحيح) أى فيلزمه ثلاثة .

[فائدة] ذكرها ابن سراقة عليه ألف لرجل وله عليه قيمة عبد أو ثوب أو عشرة دنانير مثلا ويخشى أن يقرّ له بألف فيجحد الذى له فطريقه أن يقول له علىّ ألف إلا كذا وكذا ويقوّم الذى له ويحلف عليه ع (قوله فتضم) أى الثمانية (قوله ولو زاد عليها أى الثمانية وقوله إلى الواحد كأن قال إلا سبعة إلا ستة الخ (قوله فيلزمه ثلاثة) أى الباقية من العشرة بعد استثناء السبعة (قوله ولا أقل منها) أى لأن دلالة المفهوم ضعيفة لايعمل بها فى الأقارير (قوله ولا فيهما) أى وإن قصد الجمع لايعتدّ بقصده (قوله مستغرق) فتلزمه ثلاثة

(قوله ولا بعد فيه) مافيه من البعد لاينكر كما يعرف بالتأمل لوضوح الفرق بين الإنشاآت والإخبارات (قوله لجواز الجمع هنا فلا استغراق) عبارة التحفة : إذ لا استغراق

ألف إلا شيئا أو عكس فالألف والشيء مجملان فليفسرهما مع الاجتناب فى تفسيره لما يقع به الاستغراق ، ولو قال له علىّ ألف إلا درهما فالألف مجمل فليفسره بما فوق الدرهم ، فلو فسره بما قيمته درهم فما دونه كان الاستثناء لاغيا وكذا التفسير ، ولو قدم المستثنى على المستثنى منه صح كما قاله الرافعى أول كتاب الأيمان (ويصح) الاستثناء (من غير الجنس) وهو المنقطع (كألف) درهم (إلا ثوبا) لوروده فى الكتاب وغيره نحو - لايسمعون فيها لغوا إلا سلاما - ونحو - مالهم به من علم إلا اتباع الظن - (ويبين بثوب قيمته دون ألف) خشية الاستغراق ، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل الاستثناء والتفسير كما مر (و) يصحّ أيضا (من المعين كهذه الدار له إلا هذا البيت أو هذه الدراهم له إلا هذا الدرهم) أو هذا القطيع له إلا هذه الشاة أو الثوب له إلا كمه لصحة المعنى فيه إذ هو إخراج بلفظ متصل فأشبه التخصيص (وفى المعين وجه شاذ) أنه لايصح الاستثناء منه إذ الإقرار بالعين يتضمن ملك جميعها فالاستثناء يكون رجوعا بخلافه فى الدين . قلت كما قال الرافعى فى الشرح (لولا قال : هؤلاء العبيد له إلا واحدا قبل) والاعتبار بالجهل بالمستثنى كما لو قال إلا شيئا (ورجع فى البيان إليه) لكونه أعرف بمراده ويجبر على على البيان لتعلق حق الغير به ، فإن مات خلفه وارثه كما قاله القاضى الحسين (فإن ماتوا إلا واحدا وزعم أنه المستثنى صدق بيمينه) أنه الذى أراده بالاستثناء (على الصحيح ، والله أعلم) لاحتمال ما ادعاه ، والثانى لايصدق للتهمة ولو قتلوا قتلا مضمنا قبل قطعا لبقاء أثر الإقرار وهو القيمة ، ويؤخذ منه أنه لو قال غصبتهم إلا واحدا فماتوا وبقى واحد وزعم أنه المستثنى أنه يصدق لأن أثر الإقرار باق وهو الضمان ، ولو أقرّ أحد شريكين بنصف الألف المشترك بينهما لثالث تعين ما أقرّ به فى نصيبه وهو من أفراد قاعدة الحصر والإشاعة ولا يطلق فيها ترجيح كما قاله الزركشى ، بل يختلف باختلاف الأبواب ، ولو أقرّ لورثة أبيه بمال وكان هو أحدهم لم يدخل إذ المتكلم غير داخل فى عموم كلامه ومحله كما قاله السرخسى عند الإطلاق ، فإن نص على نفسه دخل فى الأوجه ، ولو قال له علىّ ألف إلا أن يبدو لى ففيه وجهان . قال المصنف : لعل الأصح أنه إقرار وقيل لايلزمه شىء ، ونقله الهروى عن النص كما لو قال له علىّ ألف إلا أن يشاء الله والمعتمد الأول ، ولو قال غصبت داره ولو بإسكان الهاء ثم ادعى دارة الشمس أو القمر لم يقبل قوله إذ غصب ذلك محال فلم يقبل إرادته ، ولو أقر أو أوصى بثياب بدنه دخل فيه كل مايلبسه ولو فروة لا الخف لأنه ليس من مسمى الثياب .

(قوله من غير الجنس) وينبغى أن مثله النوع والصفة (قوله إلا هذه الشاة أو الثوب الخ) أى وإن كانت الشاة من نوع الغنم المعينة وصفتها والكم بصفة بقية الثوب وليس ثم من يصلح نسبة الكم له من المقرّ به إلا المقر له (قوله قبل) أى تفسيره (قوله فى نصيبه) أى الخمسمائة فيستحقه المقر له .

(قوله وكذا التفسير) وانظر هل له أن يفسر بعد ذلك بأقل من درهم (قوله وزعم أنه المستثنى أنه يصدّق) أى قطعا .

(فصل) فى الإقرار بالنسب

وهو مع الصدق واجب ومع الكذب فى ثبوته أو نفيه حرام ، وما صح فى الخبر من أنه كفر محمول على مستحله أو على كفر النعمة إذا (أقر) بالغ عاقل ولو سكران ذكر مختار وإن كان سفيها قنا كافرا (بنسب إن ألحقه بنفسه) من غير واسطة كهذا أبى أو ابنى لا أمى لسهولة إقامة البينة بولادتها على ما قاله فى الكفاية والأصح خلافه ، ولو قال يد فلان ابنى فلغو أخذا من قولهم كل تصرف قبل التعليق صح إضافته لبعض محله بخلاف ما لا يقبله كما هنا وهذا شامل لنحو رأسه مما لايبقى بدونه فالتفرقة بينهما قياسا على الكفالة وهم (اشترط لصحته) أى الإلحاق (أن لايكذبه الحس) بأن يكون فى سن يمكن كونه منه ، فإن كذبه بأن كان فى سن لايتصور أن يولد لمثله مثله ولو لطروّ قطع ذكره وأنثييه قبل زمن إمكان العلوق بذلك الولد كان إقراره لغوا بالنسبة للنسب لا للعتق فلو استلحق رقيقه عتق عليه ولحقه حيث كان مجهول النسب وأمكن ذلك وإلا بأن عرف نسبه من غيره عتق فقط ، ولو قدمت

(فصل) فى الإقرار بالنسب

(قوله فى الإقرار بالنسب) أى وما يتبعه من ثبوت الاستيلاد وإرث المستلحق (قوله حرام) أى بل كبيرة (قوله أو على كفر النعمة) أى فإن حصول الولد له نعمة من الله فإنكارها جحد لنعمته تعالى ، ولا نظر لما قد يعرض للولد من عقوق ونحوه ، وشمل ذلك مالو قال أبى زيد جوابا لمن سأله عن أبيه وليس زيد أباه فى الواقع فإن ذلك يتضمن نفى أبوّة أبيه عنه ، وبه يندفع مايقال إنكار النعمة ظاهر فى النفى دون الإثبات كذبا (قوله ولو سكران متعديا (قوله وإن) غاية كان : أى المستلحق (قوله على ما قاله فى الكفاية) أى لابن الرفعة ، واعتمده حج (قوله والأصح خلافه) أى فيصح إلحاق نسب الأم به (قوله وهم) أى فلا فرق بين أن يعيش بدونه أو لا فى كونه لغوا ، وقوله لنحو رأسه شامل للجزء الشائع كربعه ، وصرح حج بخلافه وعبارته ومثله : أى مثل مالا يبقى بدونه كالرأس الجزء الشائع كربعه (قوله لا للعتق) قضية هذا عتقه وإن لم يمكن كونه منه لكونه أكبر سنا منه مثلا ، والذى فى شرح الروض خلافه ، ونقله سم على منهج ، وأقره ، ومثله فى الزيادى ، ولا يقدح فى القضية المذكورة قوله بعد : وأمكن ذلك لجواز أن يكون اعتبار الأمرين للعتق وثبوت النسب معا ، وإن اقتصر فى بيان المحترز على معلوم النسب ، ويوافق ما فى شرح الروض ماصرح به الشارح فى كتاب العتق بعد قول المصنف : أنت مولاى الخ من قوله وقوله أنت ابنى أو بنتى أو أبى أو أمى إعتاق إن أمكن من حيث السن وإن عرف كذبه ونسبه من غيره اهـ (قوله عتق عليه) أى سواء كان معروف النسب من غيره أم لا حيث أمكن كونه منه ليوافق ماتقدم عن شرح الروض (قوله وأمكن ذلك) أى بأن لايكون أكبر سنا من المقر ، وأفهم أنه إذا لم يمكن أن يكون ولدا له لايعتق ،

(فصل) فى الإقرار بالنسب

(قوله أو نفيه) فى هذا العطف مساهلة لاتخفى (قوله من أنه كفر) يعنى نفيه ، وعبارة التحفة : ومع الكذب فى ثبوته حرام كالكذب فى نفيه بل صح فى الحديث أنه كفر الخ ، فالضمير فى قوله أنه راجع للنفى فقط وجعله مقيسا عليه للنص عليه فى الخبر (قوله لا للعتق) يخالفه ما سيأتى له فى باب العتق من أن شرط العتق أيضا إمكان كونه منه ، وصرح به هنا فى شرح الروض وغيره ، ويوافقه قول الشارح وأمكن ذلك إن جعلناه راجعا لكل من

كافرة بطفل وادعاه رجل وأمكن اجتماعهما بأن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت إليه قبل ذلك لحقه ، وما زاده بعضهم من احتمال أنه أنفذ إليها ماءه فاستدخلته رأى مردود لأبى حامد غلطه فيه الماوردى وغيره لأنه إحبال بالمراسلة والجمهور على خلافه ، وقولهم كافرة : أى من دار الكفر مثال فكل بلد بعيد كذلك (و) أن (لا) يكذبه (الشرع) فإن كذبه (بأن يكون معروف النسب من غيره) أو ولد على فراش نكاح صحيح لم يصح استلحاقه وإن صدقه المستلحق لأن النسب لايقبل النقل ، وعلم مما تقرر عدم صحة استلحاق منفى بلعان ولد على فراش نكاح صحيح لما فيه من إبطال حق النافى إذ له استلحاقه ، وأن هذا الولد لايؤثر فيه قائف ولا انتساب يخالف حكم الفراش ، بل لا ينتفى إلا باللعان رخصة أثبتها الشارع لرفع الأنساب الباطلة ، فإن ولد على فراش وطء شبهة أو نكاح فاسد جاز للغير استلحاقه ، لأنه لو نازعه قبل النفى سمعت دعواه ، ويمتنع استلحاق ولد الزنا مطلقا . واعلم أن اشتراط عدم تكذيب المقر الحس والشرع غير مختص بما هنا ، بل هو شامل لسائر الأقارير كما علم مما مر أنه يشترط فى المقر له أهلية استحقاق المقر به حسا وشرعا كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله ولا بد أن لا يكون المستلحق بفتح الحاء رقيقا

وقدمنا ما فيه عن شرح الروض إلا أن يجعل قوله حيث كان مجهول النسب الخ راجعا لقوله ولحقه دون ما قبله (قوله وادعاه رجل وأمكن اجتماعهما) أى سواء زعم نكاحها قبل أولا لاحتمال وطئه لها بشبهة ، أو أنه قصد الاستيلاء عليها ببلاد الحرب (قوله فكل بلد بعيد كذلك) أى ولا عبرة بإنكار أمه ولو كانت أدين من الأب : أى كأن كانت مسلمة والمدعى كافرا فيثبت نسبه ويحكم بإسلامه تبعا للأم (قوله ولد على فراش نكاح صحيح) ومثله ولد الأمة ولو غير مستولدة المنفى بحلف السيد فليس لغير السيد استلحاقه كما يؤخذ من قوله الآتى لأنه لو نازعه قبل النفى الخ ، بل وكذا لو لم يكن منفيا لأنه ملك لسيدها ولا يصح استلحاق رقيق الغير لما فيه من إبطال حق السيد (قوله أو ولد على فراش نكاح صحيح) قال حج : وأخذ ابن الصلاح من هذا المذكور فى النهاية وغيرها إفتاءه فى مريض أقر بأنه باع كذا من ابنه هذا فمات فادعى ابن أخيه أنه الوارث وأن ذلك الابن ولد على فراش فلان وأقام به بينة وفلان والابن منكران لذلك بأنه لايلحق بذى الفراش ولا أثر لإقرار الميت ولا لإنكار ذينك ، وسمعت دعوى ابن الأخ وبينته وإن كان إثباتا للغير لأنه طريق فى دفع الخصم ويستحق الابن ما أقر له به وإن انتفى نسبه نظرا للتعيين فى قوله هذا وتقبل بينته أنه ولد على فراش المقر ولا وارث له غيره فيرثه ، وكأن وجه تقديم بينته أنها ترجحت بإقرار هذا لاسيما مع إنكار صاحب ذلك الفراش (قوله بل لاينتفى) أى حكم الفراش أو الولد (قوله أو نكاح فاسد) عطف خاص على عام إذ الموطوءة بنكاح فاسد من الوطء بشبهة (قوله مطلقا) أى سواء أمكن نسبته إليه من حيث السن أولا كان المستلحق الواطىء أم لا (قوله رقيقا) أى صغيرا أخذا من قوله فلو صدقه الخ

قوله عتق عليه ولحقه كما هو المتبادر (قوله وما زاده بعضهم) يعنى فى تصوير الإمكان ، وعبارة الروض وشرحه : وأمكن اجتماعهما بأن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت إليه قبل ذلك أو أنه أنفذ إليها ماءه فاستدخلته (قوله أى من بلاد الكفر) هو تفسير للمراد من الكافرة فى كلامهم ، ومن ثم اقتصر فى المحترز على مفهومه وليس تقييدا للكافرة (قوله معروف النسب) أى مشهوره كما عبر به غيره (قوله وأن هذا الولد) أى المولود على فراش نكاح صحيح (قوله سمعت دعواه) ظاهره أنه لايصح استلحاقه قبل نفى صاحب الفراش وأنه لابد من بينة فليراجع

للغير أو عتيقا صغيرا أو مجنونا ، فإن كان لم يصح استلحاقه محافظة على حق ولاء السيد بل لابد من بينة ، فلو صدقه البالغ العاقل قبل كما رجحه ابن المقرى خلافا لترجيح الأنوار نفى القبول ويبقى العبد على رقه إذ لامنافاة بين الرق والنسب لانتفاء استلزامه الحرية ولم تثبت (وأن يصدقه المستلحق) بفتح الحاء (إن كان أهلا للتصديق) بأن يكون مكلفا لأن له حقا فى نسبه وهو أعرف به من غيره ، وخرج بالتصديق سكوته فلا يثبت معه النسب خلافا لما وقع لهما فى موضع . نعم لو مات قبل تمكنه من التصديق صح ، وقد يحمل كلامهما عليه (فإن كان بالغا) عاقلا (فكذبه) أو قال لا أعلم أو سكت وأصرّ (لم يثبت نسبه) منه (إلا ببينة) أو يمين مردودة كبقية الحقوق ولو تصادقا ثم رجعا لم يبطل نسبه لأن النسب المحكوم بثبوته لايرتفع بالاتفاق كالثابت بالافتراش (وإن استلحق صغيرا) أو مجنونا (ثبت) نسبه منه بالشروط السابقة ما سوى التصديق لعسر إقامة البينة فيترتب عليه أحكام النسب (فلو بلغ) الصغير أو أفاق المجنون (وكذبه لم يبطل) استلحاقه بتكذيبه (فى الأصح) فيهما لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته ، والثانى يبطل فيهما لأنا حكمنا به حين لم يكن أهلا للإنكار ، وقد صار والأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما ، وشمل كلام المصنف ما لو استلحق أباه المجنون ثم أفاق وكذبه

(قوله محافظة على حق ولاء السيد) أى الثابت حالا فى العتيق وبتقدير الإعتاق فى القن (قوله فلو صدقه البالغ العاقل) أى من كل من الرقيق والعتيق أخذا من قوله ويبقى العبد الخ (قوله ويبقى العبد على رقه) أى ومن له الولاء على استحقاقه كما فى حج (قوله وهو أعرف به من غيره) أى لأن العادة جارية بأن الشخص يبحث عن نسبه فلذلك كان أدرى به من غيره (قوله قبل تمكنه من التصديق) قال سم على حج : ينبغى أو بعده اه . أقول : ويصوّر ذلك بما إذا استمر المستلحق على دعوى النسب منه ، وينزل ذلك على ما إذا استلحقه وهو ميت (قوله لم يثبت نسبه منه إلا ببينة) فهم منه أنه لايعرض على القائف فى هذه ، ويمكن أن يفرق بين هذه وبين ما لو استلحقه اثنان فسكت الآتى بأن عرضه على القائف ثم لقطع المنازعة بين المستلحقين وهنا المنازعة بين المستلحق والمجهول ، وألحق فى النسب له فلم ينظر للقائف ، ثم رأيت فى سم على حج مايصرح به حيث قال : ولعل الفرق أن القائف إنما يعتبر عند المزاحمة ونحوها ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الأب لأنها مثبتة وتلك نافية .

[فرع] الذمى إذا نفى ولده ثم أسلم لايحكم بإسلام المنفى لأنا حكمنا بأن لانسب بينهما فلا يتبعه فى الإسلام ، ، ولو مات المولود وصرفنا ميراثه إلى أقاربه الكفار ثم استلحقه النافى حكم بالنسب ويتبين أنه صار مسلما بإسلامه تبعا ويسترد ميراثه من ورثته الكفار ويصرف إليه اه دم وخطيب . وعليه فهل ينقل إلى مقابر المسلمين مالم يتهرّ أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه إن لم يكن غسل وجب نبشه لغسله والصلاة عليه ، لأن من مات من المسلمين ودفن بلا غسل وجب نبشه لغسله والصلاة عليه ، وإن كان غسل احتمل نبشه ليدفن فى مقابر المسلمين وعدمه ، ويصلى عليه فى القبر وهو الأقرب حفظا له عن انتهاك حرمته بالنبش (قوله أو مجنونا) أى لم يسبق له عقل بعد بلوغه أخذا من قوله الآتى : والوجهان جاريان الخ . وبقى مالو استلحق مغمى عليه هل يصح استلحاقه أو تنتظر إفاقته ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى بدليل أنه لايولى عليه زمن إغمائه ، نعم إن أيس من إفاقته كان حكمه حكم المجنون (قوله وشمل كلام المصنف) أى من قوله إن كان أهلا للتصديق (قوله ثم أفاق) أى الأب ، وقوله وكذبه

(قوله محافظة على حق ولاء السيد) قضيته انه لو صح استلحاقه بطل ولاء السيد ، وسيأتى أنه لا منافاة بين الرقّ والنسب ، وظاهر أن الولاء فرع الرق فليتأمل

فلا اعتبار بتكذيبه خلافا للماوردى ومن تبعه ممن فرق بين الأب وغيره بأن استلحاق الأب على خلاف الأصل والقياس فاحتيط له أكثر (ويصح أن يستلحق ميتا صغيرا) ولو بعد قتله له ولا أثر لتهمة الميراث ولا لسقوط القود للاحتياط فى النسب ولهذا لو نفاه فى حياته أو بعد موته ثم استلحقه لحقه وورثه (وكذا كبير) ميت يصح استلحاقه (فى الأصح) لأن الميت لما تعذر تصديقه كان كالمجنون الكبير ، والثانى لايصح لفوات التصديق ، وهو شرط لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يشعر بإنكاره لو وقع فى حياته ، والوجهان جاريان فيمن جنّ بعد بلوغه عاقلا ولم يمت لأنه سبق له حالة يعتبر فيها تصديقه وليس الآن من أهل التصديق (ويرثه) أى المستلحق بكسر الحاء الميت الصغير والكبير لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت ومسئلة الإرث مزيدة على المحرر والروضة (ولو استلحقا اثنان بالغا) عاقلا (ثبت) نسبه (لمن صدقه) منهما لاجتماع الشروط فيه دون الآخر ، فلولم يصدق واحدا منهما بأن سكت عرض على القائف كما قالاه ، وما اعترض به من أن استلحاق البالغ يعتبر فيه تصديقه يرد بما يأتى أن قول القائف حكم فلا استلحاق هنا حتى يحتاج للتصديق (وحكم الصغير) الذى يستلحقه اثنان واستلحاق المرأة والعبد (يأتى فى اللقيط إن شاء الله تعالى) ولو اشتبه طفل مسلم بطفل نصرانى وقف أمرهما نسبا وغيره إلى وجود بينة فقائف فانتساب بعد التكليف ، فإن لم يوجد واحد من هذه وقف النسب ويتلطف بهما حتى يسلما باختيارهما من غير إجبار ، فإن ماتا قبل الامتناع من الإسلام فكمسلمين لكن دفنهما يكون بين مقبرتى الكفار والمسلمين أو بعده فلا (ولو قال لولد أمته هذا ولدى) وإن لم يقل منها ، وذكره فى الروضة كالتنبيه تصوير فقط

أى الابن (قوله فلا اعتبار بتكذيبه) وقال حج : لايصح استلحاقه فى زمن جنونه حتى يفيق ويصدق (قوله يصح استلحاقه) أى وإن نفاه بلعان فى حياته أخذا مما قبله (قوله وهو) أى التصديق (قوله لأن تأخير الاستلحاق الخ) قد يؤخذ منه أنه لو لم يعلم به إلا الآن ككونه قدم من أرض بعيدة وعلمت أمه دون أبيه فاستلحقه بعد موته أنه يثبت نسبه قطعا (قوله وليس الآن من أهل التصديق) أى فجرى فيه الخلاف ، والراجح فيه الصحة (قوله بأن سكت) ومثل سكوته تصديقه لهما معا اهـ حج . وبقى مالو كذبهما معا ، وقضيته أنه لايعرض على القائف وهو ظاهر كما لو استلحقه واحد فكذبه حيث لايثبت إلا ببينة كما تقدم فى كلام المصنف ، لكن عبارة حج : فإن صدقهما أو لم يصدق واحدا منهما كأن سكت اهـ . وهى تشمل التكذيب (قوله عرض على القائف) بقى مالو صدق أحدهما وأقام الآخر بينة هل يعمل بالأول أو بالثانى ؟ فيه نظر والأقرب الثانى (قوله وقف أمرهما نسبا وغيره) أى وأما نفقتهما فينبغى وجوبها على الأبوين بالسوية لتحقق النسب منهما والاشتباه لايمنع منه ، وعليه لو زال الاشتباه بعد وكان ما يخص أحدهما من النفقة أكثر مما يخص الآخر فهل لمن كانت نفقة ولده القليلة الرجوع بما زاد أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر أنه إن كان أنفق بإذن الحاكم أو أشهد عند تعذر الحاكم أنه أنفق ليرجع رجع وإلا فلا (قوله فكمسلمين) الأولى أن يقال كما لو اختلط مسلم بكافر ليفيد أنه يصلى عليهما معا ، وينوى الصلاة على المسلم منهما أو يعلق النية إن صلى على كلّ وحده وعبارة حج فى تجهيزهما اهـ أما فى الصلاة فكاختلاط المسلم بالكافر (قوله أو بعده) أى الامتناع (قوله فلا) أى فلا يكونان كالمسلمين لأن أحدهما كافر أصلى والآخر

(قوله فلو لم يصدق واحدا منهما بأن سكت) عبارة التحفة كأن سكت (قوله فلا استلحاق هنا الخ) يقال بنظيره فيما إذا كان المستلحق واحدا فلم تظهر فائدة فى هذا الجواب فليتأمل (قوله فكمسلمين) أى فى تجهيزهما كما صرح به فى التحفة ، وإلا فهما فى الصلاة عليهما ونحوهما ليسا كمسلمين

أو تقييد لمحل الخلاف (ثبت نسبه) بالشروط المتقدمة فيشترط خلوّها من زوج يمكن كونه منه كما يأتى (ولا يثبت) الاستيلاد (فى الأظهر) لا حتمال ملكه لها بعد علوقها من نكاح أو شبهة وإنما استقر مهر مستفرشة رجل أتت بولد يلحقه وإن أنكر الوطء لأن هنا ظاهرا يؤيد دعواها وهو الولادة منه إذ الحمل من الاستدخال نادر وفى مسئلتنا لا ظاهر على الاستيلاد ، والثانى وصححه جمع يثبت حملا على أنه أولدها بالملك والأصل عدم النكاح (وكذا لو قال) فيه (ولدى ولدته فى ملكى) لما ذكر (فإن قال علقت به فى ملكى) أو استولدتها به فى ملكى أو هذا ولدى منها وهى فى ملكى من عشر سنين والولد ابن ستة مثلا (ثبت الاستيلاد) قطعا لانتفاء ذلك الاحتمال ولا نظر لاحتمال كونها رهنا ثم أولدها مع إعساره فبيعت فى الدين ثم اشتراها لأنه نادر . وشرطه فى المكاتب قبل إقراره انتفاء احتمال حملها به زمن الكتابة لأن الحمل فيها لا يفيده كما سيأتى فى محله (فإن كانت) الأمة (فراشا له) بأن أقرّ بوطئها (لحقه)عند الإمكان (بالفراش من غير استلحاق) لخبر « الولد للفراش » وتصير أم ولد (وإن كانت مزوجة فالولد للزوج) عند إمكان كونه منه لأن الفراش له (واستلحاق السيد) له حينئذ (باطل) للحوقه بالزوج شرعا (وأما إذا ألحق النسب بغيره) ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه

مرتد اهـ حج (قوله وإنما استقر مهر مستفرشة رجل) بنكاح صحيح أو فاسد كما شمله التعبير بالاستفراش (قوله لأن هنا) أى فى قوله وإنما استقر الخ (قوله وفى مسئلتنا) هى قول المصنف ولا يثبت الاستيلاد الخ (قوله والأصل عدم النكاح) أى وعدم وطء الشبهة وقوله لما ذكر : أى من قوله لاحتمال ملكه لها بعد علوقها الخ (قوله وهى فى ملكى) هو قيد وخرج به ما لو لم يقله وعلم دخولها فى ملكه من عشر سنين فيثبت النسب ولا يثبت الاستيلاد لاحتمال أنها خرجت عن ملكه ببيع مثلا وحملت به ثم اشتراها وهى حامل (قوله ولا نظر لاحتمال الخ) وبتقدير ذلك يعود حكم الاستيلاد فلا وجه لهذا الاحتمال مطلقا فليتأمل ، إلا أن يقال : إنما ذكره دفعا لما يرد على قوله قطعا ، فإن فى عود استيلادها قولين مرّ الأرجح منهما : أى وهو النفوذ اهـ حج بالمعنى ، وعبارته نصها : ولا نظر فى القطع لاحتمال كونه رهنها ثم أولدها وهو معسر فبيعت فى الدين ثم اشتراها فإن فى عود استيلادها قولين مرّ الأرجح منهما لندرة ذلك (قوله وشرطه) أى ثبوت الاستيلاد (قوله انتفاء احتمال حملها) أى بأن يكون لأكثر من أربع سنين من وقت الإعتاق ، فلو ولدته مثلا لتسعة أشهر من وقت الإعتاق لم يلحقه لاحتمال وجوده قبل الإعتاق على ما أفهمه قوله انتفاء احتمال الخ (قوله بأن أقرّ بوطئها) قضيته أنها لا تصير فراشا باستدخال منيه المحترم ، وأن نسب الولد لا يثبت بمجرد ذلك وليس مرادا (قوله ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه) قال سم على حج :

(قوله ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه الخ)قال الشهاب سم : لا يخفى أن صريح الصنيع أن من بيان للغير وذلك الغير هو الأب فى هذا أخى والجد فى هذا عمى ، فانظر أىّ واسطة فى تعدى النسب من الأب إلى المقرّ الذى هو ابنه ، فإنه لا معنى لتعدى النسب بواسطة إلا أن النسب يتعدى من الملحق به إليها ثم منها إلى المقرّ ولم يوجد ذلك هنا إلى آخر ما أطال به ، وأجاب شيخنا عنه فى حاشيته بما لا يلاقى الإشكال كما يعلم بمراجعته . وأقول : الجواب عنه من وجهين : الأول أنه لا يتعين كون ممن بيانا للغير ، بل يجوز أن يكون متعلقا بالنسب من قول المصنف وأما إذا ألحق النسب بغيره ، ولا يضر الفصل بلفظ بغيره كما لا يخفى ، فمن الموصولة واقعة على المستلحق بفتح الحاء ، والضمير فى منه يرجع إليه . والجواب الثانى وهو الأظهر أنا نلتزم أن ممن بيان للغير إلا أن قوله بواسطة واحدة ليس متعلقا بيتعدى من قوله ممن يتعدى النسب منه الخ حتى يلزم الإشكال المذكور ، بل هى تفصيل لوجوه

بواسطة واحدة وهى الأب (كهذا أخى) وفى الروضة وأصلها هذا أخى ابن أبى وأمى، وفيه إشارة إلى الإلحاق بالأم وسيأتى (أو) أبى أو جدى أو (عمى) أو ابن عمى. قيل: والأوجه اشتراط ذكر بيان إخوته من أبويه أو أبيه وبنوة عمه كذلك: كما يشترط ذلك فى البينة كالدعوى كما ذكره القفال وغيره وأقره الأذرعى وغيره وجرى عليه المصنف كالرافعى أواخر الباب الثالث إذ هو بعد تفسيره ينظر فى المقر أهو وارث الملحق به الحائز لتركته فيصح أولا فلا وفى الملحق به أذكر أولا ولا يمكن ذلك إلا بعد بيان الملحق به وقد يقال ينبغى عدم اشتراط ذلك وهو الأوجه وقد يفرق بأن المقر

لايخفى أن صريح هذا الصنيع أن ممن بيان للغير وذلك الغير هو الأب فى هذا أخى والجدّ فى هذا عمى ، فانظر أىّ واسطة فى تعدى النسب من الأب إلى المقرّ الذى هو ابنه ، فإنه لا معنى لتعدى النسب بواسطة ، إلا أن النسب يتعدى من الملحق به إليها ثم منها إلى المقر ولم يوجد ذلك هنا ، وأى واسطتين فى تعديه من الجد إلى المقر الذى هو ابن ابنه فى هذا عمى ، فإن النسب لم يتعد من الجد إلا إلى أبى المقر ثم منه إلى المقر فليس هناك إلا واسطة واحدة اهـ وقد يقال : إن قوله هذا أخى إثبات لنسبه من أبيه ، فتثبت بنوّة المستلحق بالأب له ثم ينتقل الحكم بالأخوّة من ثبوت الأبوّة للمستلحق به فقد تحققت الواسطة الواحدة فى الأب والواسطتان فى الإلحاق بالجد (قوله أو أبى) انظر هذا مع ماقدمه من أن هذا أبى إلحاق بالنفس ، إلا أن يقال : إنه صالح للأمرين ، فالتمثيل فى كل بما يناسبه ، وفى بعض النسخ : أو إلى أبى : أى أخى إلى أبى وعليها فلا تعارض (قوله عدم اشتراط ذلك) أى بيان

الإلحاق ، والمعنى حينئذ : وأما إذا ألحق النسب بغيره ممن يتعدى النسب من ذلك الغير إلى نفسه إما بأن يكون ذلك الإلحاق بواسطة واحدة وهى الأب الخ (قوله بواسطة واحدة وهى الأب الخ) ظاهر هذا السياق أن جميع الأمثلة الآتية للواسطة الواحدة وظاهر أنه ليس كذلك ، وعذره أنه تبع الشهاب حج فى صدر العبارة ولم يتبعه فى باقيها ، فلزم ماذكر ، وعبارة الشهاب المذكور مع المتن نصها : بواسطة واحدة وهى الأب كهذا أخى أو ثنتين كالأب والجد فى هذا عمى أو بثلاثة كهذا ابن عمى (قوله أو أبى) هذا من الإلحاق بالنفس كما قدمه هناك فلا وجه لذكره هنا (قوله قيل والأوجه الخ) قائله الشهاب حج ، وآخر كلامه قوله : ولا يمكن ذلك إلا بعد بيان الملحق به . ولقائل أن يقول : إن ما استوجهه العلامة حج لامحيد عنه ، وأما ما استوجهه الشارح فيما يأتى فيلزم عليه أمور منها مخالفة المنقول الذى استند إليه حج مما ذكر ، ومنها أنه يلزم منه إلغاء اشتراطهم كون المقرّ وارثا حائزا الآتى ، إذ لايعرف ذلك إلا بعد معرفة جهة الأخوّة مثلا كما أشار إليه حج فيما نقله عنه الشارح ، وأما قول الشارح عقب استيجاهه الآتى : ويفرق بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق فيقال عليه إن الأخوة وبنوّة العمومة مثلا كما أنهما حقيقتان فيما كان من جهة الأبوين أو الأب كذلك هما حقيقتان فيما كان من جهة الأم ، وكذلك هما حقيقتان عند وجود مانع من الإرث ، وإطلاقهما على ذلك من إطلاق المشترك على أحد معانيه فهو لاينافى التحقيق الذى ذكره الشارح بقوله فلا يقر إلا عن تحقيق ، وليس الكلام فى قول المقر : هذا وارثى حتى يعلل بذلك وإنما الكلام فى مجرد قوله هذا أخى أو ابن عمى مثلا والإرث هنا إنما يقع تابعا للنسب لا مقصودا ، وأما ما استظهر به الشارح من قوله ومن ثم لو أقر بأخوة مجهول لم يقبل تفسيره بإخوة الرضاع أو الإسلام ، فيقال عليه إنه إنما لم يقبل تفسيره بذلك لأنه صرف اللفظ عن حقيقته إلى مجازه ، بخلاف ما إذا فسره بإخوة الأم فظاهر أنه يقبل لما تقرر أنه تفسير للفظ بأحد حقائقه وما صدقاته فتأمل وأنصف (قوله كما ذكره القفال) ماذكره عن القفال لايوافق مانقله عنه غيره ، وعبارته حسب مانقله فى القوت : لو قال فلان عصبتى ووارثى إذا متّ من غير عقب لم يكن هذا

يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق ، ومن ثم لو أقر بأخوّة مجهول لم يقبل تفسيره بأخوّة الرضاع ولا الإسلام ، وسواء فيما تقرر أقال فلان وارث وسكت أم زاد لا وارث له غيره ، وتفرقة الهروى بينهما مردودة ، وتبعه جمع عليه كالتاج السبكى ، ويكفى فى البينة أن تقول ابن عم لأب مثلا وإن لم تسم الوسائط بينه وبين الملحق به كما جزم به بعضهم ، والأوجه فرضه فى فقيهين عارفين بحكم الإلحاق بالغير ، بخلاف عاميين لايعرفان ذلك فيجب استفصالهما ، وكذا يقال فى المقر ، ولهذا بحث الغزى فى مسئلتنا قبول شهادة الفقيه الموافق لمذهب القاضى ولو لم يفصل ، ثم نقل عن شريح أنه لوحكم قاض بأنه وارثه لا وارث له غيره ثم حمل على الصحة ثم قيده بقاض عالم : أى ثقة أمين ، قال : ويقاس به كل حكم أجمله اهـ . وهى فائدة حسنة يتعين استحضارها فى فروع كثيرة يأتى بعضها فى القضاء وغيره (فيثبت نسبه من الملحق به) لأن الورثة يخلفون مورثهم فى حقوقه والنسب من جملتها ، وقيد بعضهم كلام المصنف بالذكر إذ استلحاق المرأة غير مقبول فوارثها أولى ولو رجلا لأنه خليفتها ، واستوضحه

إخوته من أبيه وقوله وهو الأوجه من كلام الشارح وعليه فإذا أثبتنا الأخوة ولم يعين لها جهة ثم مات أحدهما كيف يكون إرث الحى منه ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال : إن احتمل الإرث وعدمه لايعطى شيئا ، كما لو أقرّ بأخوّة شخص ومات المقر عن أخ شقيق فالمجهول بتقدير كونه شقيقا أو لأم يرث ، وبتقدير كونه لأب لايرث فيعامل بالأضر فى حقه وهو عدم الإرث لعدم تحقق النسب ، وإن اختلف مقدار إرثه فإن احتمل كونه لأب أو لأم ورث الأقل قياسا على ماقالوه فى إرث الخنثى ، وهذا كله بناء على أن من ألحق بغيره وهو ميت صح وإن كان الميت أنثى ، أما على اشتراط الذكورة بالملحق به فلا يتأتى كونه أخا لأم ، ومن ثم جعل حج هذا من أسباب بطلان الإقرار من أصله لعدم العلم بكونه أخا لأم ، فلا يصح لانتفاء الذكورة فى الملحق به أو لأب فيصح (قوله وقد يفرق) أى بين المقر والبينة (قوله لم يقبل تفسيره بأخوّة الرضاع ولا الإسلام) أى حيث ذكره منفصلا كما يؤخذ من قوله لم يقبل تفسيره فإن التفسير إنما يكون للمقر به المبهم (قوله وسواء فيما تقرّر أقال) أى الشاهد المفهوم من البينة (قوله ولهذا بحث الغزى فى مسئلتنا) هى قوله ويكفى فى البينة أن يقول ابن عم لأب الخ (قوله حمل على الصحة) ويأتى فيه ما قدمناه من قولنا وعليه فإذا أثبتنا الأخوّة الخ (قوله ثم قيده) أى الغزى ، وقوله قال : أى

شيئا لأن المقرّ به إذا كان معروف النسب فلا فائدة فى إقراره وإن كان مجهول النسب فلا يصح أيضا مالم يفسر ، لأنه قد يريد بقوله إنه عصبتى أنه أخوه وربما يريد أنه عمه أو ابن عمه ثم بعد التفسير ينظر فيه فإن قال هو أخى يجب أن يكون هو جميع وارث أبيه وإن كان عما فيكون هو جميع وارث جده ، وإن كان ابن عمه يجب أن يكون جميع وارث عمه ليصح منه الإقرار بالنسب على طريقة الخلافة عنه ، ثم الميراث مبنى عليه عندنا انتهت (قوله وسواء فيما تقرر أقال فلان وارث وسكت أم زاد لا وارث له غيره) كذا فى نسخ الشارح وانظر هو تعميم فيماذا ، وفى حاشية الشيخ أنه تعميم فى شهادة الشاهد ، وكأنه أخذه بالفهم تصحيحا للكلام من غير نظر إلى أصله ، وهو لايوافق ما أعقبه به من قوله وتفرقة الهروى بينهما مردودة ، وذلك لأن تفرقة الهروى إنما هى بين الإقرار بأنه وارثه والإقرار بأنه وارث فلان ، وعبارته : لو أقرّ أن هذا وارث فلان لايقبل ، ولو قال هذا وارثى قبل انتهت. والظاهر أن مراده بفلان كأبيه مثلا إذا ألحق به ، والذى فى التحفة التى هى أصل لما هنا : وسواء فيما تقرر أقال فلان وارثى وسكت أم زاد لا وارث لى غيره انتهت . وهو مناسب لما قدمه من اختيار عدم الاكتفاء بإطلاق الإقرار فهو تعميم فيه كما نبه عليه الشهاب سم (قوله فى مسئلتنا) يعنى مسئلة الشهادة ، وعبارة التحفة : ثم رأيت

الأسنوى وجزم به ابن اللبان،لكن قول الأصحاب لابد من موافقة جميع الورثة ولو بزوجية وولاء يشمل الزوجة والزوج ، ويدل لذلك عبارة الروضة حيث قال : ويشترط موافقة الزوج والزوجة على الصحيح اهـ . وصورته فى الزوج أن تموت امرأة وتخلف ابنا وزوجا فيقول الابن لشخص هذا أخى فلا بد من موافقة الزوج على الصحيح فهذا استلحاق بامرأة ، وهذا كما قاله الزركشى فى خادمه يردّ على ابن اللبان والعمرانى ، فالمعتمد صحة استلحاق وارثها ، وفرق الوالد رحمه الله تعالى بين استلحاق الوارث بها وبين عدم صحة استلحاقها بأن إقامة البينة تسهل عليها بخلاف الوارث لا سيما إذا تراخى النسب (بالشروط السابقة) فيما إذا ألحقه بنفسه فيصح هنا من السفيه أيضا (ويشترط) هنا زيادة على ذلك (كون الملحق به ميتا) فلا يصح الإلحاق بالحى ولو مجنونا لأنه قد يتأهل ، فلو ألحق به ثم صدقّ فالثبوت محال على التصديق لا الإلحاق ، وأما تصديق ما بينهما من الوسائط فمعتبر ، قاله فى المهذب وهو مقتضى كلام الحاوى ، لكن قال فى البيان : إن كان بينهما اثنان بأن أقر بعمٍ فقال بعض أصحابنا يشترط تصديق الأب والجد والذى يقتضيه المذهب أنه يكفى تصديق الجد فإنه الأصل الذى ثبت النسب به ، ولو اعترف به وكذبه ابنه لم يؤثر تكذيبه فلا معنى لاشتراط تصديقه . قال الأسنوى : وما قاله صحيح لاشك فيه اهـ . وهو كما قال ، ولا ينافى ما تقرر من اعتبار تصديق الوسائط كون الواسطة قد لايكون وارثا لأنه قد يعتبر تصديق من لم يرث لأن فى إثبات النسب بدونه إلحاقا به وهو أصل المقر ، ويبعد إثبات نسب الأصل بقول الفرع ، بخلاف ما إذا ألحق النسب بنفسه فإن فيه إلحاقا بأصوله وفروعه لكنه بطريق الفرعية عن إلحاقه بنفسه ولا يبعد تبعية الأصل للفرع (ولا يشترط أن لايكون) الملحق به (نفاه فى الأصح) فيجوز إلحاقه به كما لو استلحقه النافى . والثانى يشترط ما ذكر لما فى إلحاقه من العار على الميت والوارث لايفعل إلا مافيه حظ مورثه (ويشترط كون المقر وارثا) بخلاف غيره كرقيق وقاتل وأجنبى (حائزا) لتركة الملحق به حين الإقرار وإن تعدد ، فلو مات وخلف ابنا واحدا فأقرّ بأخ آخر ثبت نسبه وورث ، أو مات عن بنين وبنات اعتبر اتفاق جميعهم ، وكذا موافقة الزوجة والزوج كما مر والمعتق لأنه من الورثة ، وألحق بالوارث الحائز الإمام فيصح استلحاقه كما فى الروضة ، فيلحق حينئذ بالميت المسلم لأنه نائب الوارث وهو جهة الإسلام ، ولو قاله حكما ثبت أيضا لأن له القضاء بعلمه ، ولا بد أن لايكون

الغزى (قوله فلا بد من موافقة الزوج) أى وإن لم يفت عليه شىء من الإرث بثبوت المجهول (قوله فهذا استلحاق) الأولى الحاق ، وقوله وارثها : أى المرأة (قوله ويشترط هنا) أى الإلحاق بالغير (قوله فلو ألحق به) أى ألحى (قوله فالثبوت محال على التصديق) أى مرتب على الخ (قوله وأما تصديق ما بينهما) أى الحى والمستلحق (قوله لكن قال) أى العمرانى الخ (قوله إن كان بينهما اثنان) ليس المراد أنهما بين المقر والملحق به ، بل المراد بهما الملحق به وواحد دونه كما يفهم من قوله بأن أقر بعم فقال الخ ، وعبارة حج : إذا ألحق النسب بغيره بواسطة واحدة وهى الأب كهذا أخى أو اثنتين كالأب والجد فى هذا عمى اهـ . وهى أوضح (قوله وهو كما قال) أى من عدم اعتبار تصديق الأب ونحوه دون الوسائط الذين هم دون الأقرب للميت (قوله ولا ينافى ماتقرر من اعتبار الخ) أى على ما فى المهذب الذى اعتمد خلافه (قوله ولو قاله حكما) أى بأن حكم بثبوت نسبه منه (قوله لأن له القضاء بعلمه) أى بشرط كونه مجتهدا

الغزى بحث الخ (قوله وأما تصديق ما بينهما من الوسائط الخ) هذا إنما يتجه إيراده بناء على أن الإلحاق بالحى له أثر ، أما بعد ماقرره الشارح من أنه لا أثر له وإنما الإلحاق محال على التصديق فلا يتجه إيراد هذا الكلام هنا فتأمل (قوله ولا ينافى ماتقرر من اعتبار تصديق الوسائط الخ) أى على ما فى المهذب الضعيف

أيضا عليه ولاء ، فلو أقرّ عتيق بأخ أو عم لم يقبل لإضراره بمن له الولاء الذى لاقدرة له على إسقاطه كأصله وهو ملكه أو بابن قبل لأنه قادر على استحداثه بنكاح أو ملك فلم يقدر مولاه على منعه ، وقضية قولهم حين الإقرار أنه لو أقر بابن لعمه فأثبت آخر أنه ابنه لم يبطل إقراره ، لكن أفتى القفال ببطلانه لأنه بان بالبينة أنه غير حائز ، وعلم مما تقرر اعتبار كون المقر حائزا لميراث الملحق به لو قدر موته حين الإلحاق وهو كذلك ، لكن مع اعتبار أن لايكون بالملحق مانع من ميراث الملحق به عند موته فصح قولهم لو مات مسلم وترك ولدين مسلما وكافرا ثم مات المسلم وترك ابنا مسلما وأسلم عمه الكافر فحق الإلحاق بالجد لابن ابنه المسلم لا لابنه الذى أسلم بعد موته (والأصح) فيما إذا أقر أحد حائزين بثالث أو بزوجة للميت وأنكره الآخر أو سكت (أن المستلحق لايرث) لانتفاء ثبوت نسبه ، وبما قررنا به كلام المصنف تبعا للشارح وصرّح به فى بعض النسخ يندفع ما اعترضه به الفزارى وأطال فيه وتبعه كثير (ولا يشارك المقر فى حصته) ظاهرا بل باطنا إن كان صادقا فبثلث مابيده . والثانى يشارك المقر فى حصته دون المنكر وعلى انتفاء الإرث يحرم على المقر بنت المقر به وإن لم يثبت نسبها مؤاخذة له بإقراره كما ذكره الرافعى ويقاس بالبنت من فى معناها ، وفى عتق حصة المقر لو كان المقر به عبدا من التركة كأن قال أحدهما لعبد فيها إنه ابن أبينا وجهان أوجههما أنه يعتق لتشوف الشارع للعتق (و) الأصح (أن البالغ) العاقل (من الورثة لاينفرد بالإقرار) لأنه غير حائز للميراث فينتظر كمال الباقين ، فإن أقر فمات غير الكامل وورثه نفذ إقراره من غير تجديد كما فى قوله (و) الأصح (أنه لو أقر أحد الوارثين) الحائزين بثالث (وأنكر الآخر) لم يرث شيئا ولا من حصة المقر لكن ظاهرا فقط كما تقرر لأن الإرث فرع النسب ولم يثبت (و) يستمر عدم إرث المقر به إلى موت المنكر فإن (مات ولم يرثه إلا المقر ثبت النسب) بالإقرار الأوّل وورث لأنه صار حائزا ، وكذا لو ورثه المنكر وصدقه ،

(قوله فلو أقر عتيق بأخ أو عم لم يقبل) أى إقراره فلم يثبت نسبه ، وفى سم على حج : هلا صح وبقى الولاء ، وبه يندفع الضرر كما قدمه فى الإلحاق بنفسه والفرق ممكن اهـ أى بأن يقال : الولاء فيما سبق كان ثابتا قبل الإقرار فبقى بلا مزاحم ، والولاء هنا وإن كان ثابتا قبل ، لكن لو صححنا إلحاق العتيق للمجهول لزم إرثه من الملحق به فيفوت أثر الولاء للسيد على الملحق مع ثبوته له ولا كذلك ثم (قوله فأثبت آخر أنه) أى الآخر ابنه : أى ابن العم وقوله لم يبطل إقراره : أى المقر بابن لعمه (قوله وعلم مما تقرر) أى فى قوله حين الإقرار .

[فرع] لايصح التوكيل فى الاستلحاق لأن الاستلحاق إقرار ، لكن يكون مقرا بتوكيله إن اشتملت صيغته على مايثبت النسب كأن يقول : وكلتك فى استلحاق ابنى هذا أو فى أن تقر بأن هذا ابنى (قوله أو بزوجة للميت) أنظر ما صورته (قوله وبما قررنا به كلام المصنف) هو قوله فيما إذا أقر أحدهما الخ (قوله فبثلث ما بيده) أى فيشاركه بثلث الخ (قوله والثانى يشاركه المقر فى حصته) أى بالثلث وقيل بالنصف اهـ ع (قوله وفى عتق حصة المقر الخ) أى ظاهرا وباطنا لما تقدم من أنه لو قال المعروف النسب من غيره هذا ابنى عتق عليه إن لم يكذبه الحس (قوله أوجههما أنه يعتق) أى ولا سراية وإن كان المقر موسرا لعدم اعترافه بمباشرة العتق (قوله لم يرث شيئا) أى من حصته المنكر (قوله وكذا لو ورثه المنكر) عبارة حج غير المقر وصدّقه : أى المقر وهى الصواب

(قوله وهو ملكه) أى كونه مملوكا للسيد فيصح أن يكون مضافا للفاعل أو المفعول وعبارة التحفه : وهو الملك (قوله كون المقر حائزا لميراث الملحق به) أى ولو مآلا بدليل ماسيأتى فيما لو أقر أحد الوارثين وأنكر الآخر ومات ولم يرثه إلا المقرّ حيث يثبت النسب بالإقرار الأوّل (قوله أوجههما أنه) أى الشأن أو المذكور من الحصة (قوله وكذا لو ورثه) أى الملحق به غير المقر، أى كابنه مثلا، وفى بعض النسخ : وكذا لو ورثه المنكر وهو غير صحيح إلا بتكلف

ومقابل الأصح فى الأولى ينفرد دونه ويحكم بثبوت النسب فى الحال احتياطا للنسب ، وفى الثانية لايثبت لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل وهو المورث ؛ واحترز بقوله وأنكر الآخر عما لو أقر أحد الورثة.وسكت الباقى ثم مات الساكت وورثه المقر أو غيره فصدق على النسب فلا خلاف أنه يثبت ههنا النسب لأنه لم يسبقه تكذيب من أصله (و) الأصح (أنه لو أقرابن حائز) مشهور النسب لا ولاء عليه (بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المقر) بأن قال أنا ابن الميت ولست أنت ابنه (لم يؤثر فيه) إنكاره لثبوته وشهرته ولأنه لو أثر فيه لبطل نسب المجهول فإنه لايثبت إلا لإرثه وحيازته ، ولو بطل نسبه ثبت نسب المقر وذلك دور حكمى (ويثبت أيضا نسب المجهول) لأن الحائز قد استلحقه فلم ينظر لإخراجه له عن أهلية الإقرار بتكذيبه . والثانى يؤثر الإنكار فيحتاج المقرّ إلى بينة بنسبه ، وقيل لايثبت نسب المجهول لزعمه فى إرث المقر ، وعلى الأوّل لو أقر الحائز والمجهول بنسب ثالث فأنكر الثالث نسب الثانى سقط نسبه لأنه قد ثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته فى نسب الثانى وهذا من باب أدخلنى أخرجك ، ولو أقر بأخوين مجهولين معا فكذب كل منهما الآخر أو صدقه ثبت نسبهما لوجود الإقرار من الحائز ، وإن صدّق أحدهما الآخر فكذبه الآخر سقط نسب المكذب بفتح الذال دون نسب المصدق إن لم يكونا توأمين ، وإلا فلا أثر لتكذيب الآخر لأن المقر بأحد توأمين مقر بالآخر ، ولوكان المنكر اثنين والمقر واحدا فللمقر تحليفهما ، فإن نكل أحدهما لم ترد اليمين على المقر لأنه لايثبت بها نسب ولايستحق بها إرثا ، ولو أقر الورثة بزوجية امرأة لمورثهم ورثت كإقرارهم بنسب شخص ومثله إقرارهم بزوج للمرأة وإن أقر البعض لم يثبت لها ميراث ظاهرا كالنسب أما باطنا ففيه ما مر (و) الأصح (أنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق) بفتح الحاء حجب حرمان (كأخ أقر بابن للميت ثبت النسب) للابن لأن الحائز ظاهرا قد استلحقه (ولا إرث) له للدور الحكمى وهو أن يلزم من إثبات الشىء رفعه ، إذ لو ورث حجب الأخ فخرج عن كونه وارثا فلم يصح استلحاقه فلم يرث فأدى إرثه إلى عدم إرثه ، ولو ادعى المجهول على الأخ فنكل وحلف المجهول ثبت نسبه ولا إرث إن قلنا المردودة كالإقرار وهو الأصح ، بخلاف مالو جعلناها كالبينة وخرج بيحجبه ما لو أقرت بنت معتقة للأب بأخ لها فيثبت نسبه لكونها حائزة ويرثانه أثلاثا فى أوجه الوجهين لأنه لايحجبها حرمانا وإنما يمنعها عصوبة الولاء ومقابل الأصح عدم ثبوتهما ، أما الإرث فلما مر ، وأما النسب فلأنه لو ثبت لثبت الإرث وهذا قطع للدور من أوله وعلى الأول قطع له من وسطه .

(قوله ومقابل الأصح فى الأولى) هى قوله والأصح أن البالغ الخ (قوله وفى الثانية) هى قوله والأصح أنه لو أقر الخ (قوله فإن نكل أحدهما لم تردّ اليمين) أى إذ لا فائدة فى ردها ، فإن غاية الرد أن يجعل الناكل كالمقر ، وهو بتقدير إقراره لايفيد لبقاء الآخر على إنكاره وحلفه ، وقوله على المقر الأولى المقر به لأنه الذى يرث على تقدير تصديق المنكر :

كتاب العارية

بتشديد الياء وقد تخفف وفيها لغة ثالثة عارة بوزن ناقة ، وهى اسم لما يعار وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده من عار إذا ذهب وجاء بسرعة ، ومن التعاور : أى التناوب لا من العار لأنه يائى وهى واوية والأصل فيها قبل الإجماع ـ ويمنعون الماعون ـ قال جمهور المفسرين : وهو مايستعيره الجيران بعضهم من بعض « واستعارته صلى الله عليه وسلم فرسا لأبى طلحة فركبه متفق عليه ، ودرعا من صفوان بن أمية يوم حنين فقال : أغصب يامحمد ؟ فقال : لا بل عارية مضمونة » رواه أبو داود والنسائى وهى سنة وكانت أول الإسلام واجبة كما قاله الرويانى وغيره ، وقد تكون واجبة كإعارة نحو ثوب لدفع مؤذ كحر ومصحف على ماجزم به فى العباب تبعا للكفاية ، أو ثوب توقفت صحة الصلاة عليه على مامر ، والظاهر من حيث الفقه كما قاله الأذرعى وجوب

كتاب العارية

(قوله وفيها لغة) يشعر تعبيره بما ذكر بقلتها بالنسبة للتخفيف (قوله وهى اسم لما يعار) أى شرعا (قوله وللعقد) أى فهى مشتركة بينهما ، وقد تطلق على الأثر المترتب على ذلك من جواز الانتفاع بها وعدم الضمان وهذا مورد الفسخ والانفساخ كما تقدم نظيره فى أول البيع (قوله ومن التعاور) أى ومأخوذة أيضا من التعاور فأخذها مشترك بينهما (قوله وهى واوية) هذا بمجرده لايمنع لأنهم قد يدخلون بنات الياء على بنات الواو كما فى البيع من مد الباع مع أن البيع يائى والباع واوى ، اللهم إلا أن يقال : إنهم لايفعلون ذلك إلا عند الاضطرار إليه (قوله وهو ما يستعيره الجيران بعضهم) فسره البيضاوى بالزكاة ، وحكى ما قاله الشارح بقيل (قوله ودرعا من صفوان) أراد به الجنس وإلا فالمأخوذة من صفوان مائة درع (قوله وكانت أول الإسلام واجبة) أى للآية المذكورة اهـ حج (قوله وقد تكون واجبة الخ) لم يذكر أنها قد تباح اهـ سم على حج . أقول : وقد تصور الإباحة بإعارة من لاحاجة له بالمعار بوجه (قوله لدفع مؤذ) ظاهره وإن قل الأذى ، وينبغى تقييده بأذى لايحتمل عادة أو يبيح محذور تيمم أخذا مما يأتى عن الأذرعى فى قوله كل ما فيه إحياء مهجة (قوله أو ثوب توقفت صحة الصلاة عليه على مامر) عبارة الشارح فى باب صفة الصلاة بعد قول المتن فإن جهل الفاتحة الخ نصها : حتى لو لم يكن بالبلد إلا مصحف واحد ولو لم يمكن التعلم إلا منه لم يلزم مالكه إعارته ، وكذا لو لم يكن بالبلد إلا معلم واحد لم يلزمه التعليم إلا بأجرة على ظاهر المذهب كما لو احتاج إلى السترة أو الوضوء ومع غيره ثوب أو ماء فينتقل إلى البلد اهـ . وحمل

كتاب العارية

(قوله لإباحة الانتفاع به) كذا فى نسخ الشارح وفيه ما لا يخفى ، وعبارة التحفة : لإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به ، فلعل قوله بما يحل الانتفاع سقط من نساخ الشارح لانتقال النظر من الانتفاع إلى الانتفاع (قوله على ماجزم به فى العباب) الذى فى العباب فى باب صفة الصلاة إنما هو عدم الوجوب ، وكذلك الكفاية كما نقله عنها غير الشارح (قوله توقفت صحة الصلاة عليه) أى على المصحف أو الثوب

إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله ، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته وكإعارة ما كتب بنفسه أو مأذونه فيه سماع غيره أو روايته لينسخه منه كما صوبه المصنف وغيره ، وتحرم كاعارة غير صغيرة من أجنبي ، وتكره كإعارة مسلم لكافر ، ولها أربعة أركان : معير ، ومستعير ، ومعار ، وصيغة (شرط المعير) الاختيار كما يعلم من باب الطلاق فلا تصح إعارة مكره ، و (صحة تبرعه) بأن يكون غير محجور لأنها تبرع بالمنافع فلا يصح إعارة محجور عليه ، ويصح إعارة السفيه لبدن نفسه حيث لم يكن عمله مقصودا لاستغنائه عنه بماله ، ولا حاجة في الحقيقة إلى استثنائه لأن بدنه في يده فلا عارية ، وكذا المفلس إعارة عين زمنا لا يقابل بأجرة ، ولا تصح إعارة مكاتب بغير إذن سيده إلا في نظير مامر في المفلس فيما يظهر . ويشترط ذلك في المستعير أيضا فلا تصح استعارة محجور ولو سفيها ولا استعارة وليه له إلا إن انتفى الضمان كأن استعار من نحو مستأجر ، ويشترط أن يكون مختارا وتعيينه ، فلو فرش بساطه لمن لم يجلس عليه لم يكن عارية بل مجرد إباحة (وملكه للمنفعة) ولو لم

حج الوجوب على ما إذا أعار ذلك زمنا لا يقابل بأجرة (قوله وكذا إعارة سكين لذبح مأكول) لا ينافي وجوب الإعارة هنا أن المالك لا يجب عليه ذبحه وإن كان في ذلك إضاعة مال لأنها بالترك هنا ، وهو غير ممتنع لأن عدم الوجوب عليه لا ينافي وجوب استعارته إذا أراد حفظ ماله كما يجب الاستيداع إذا تعين للحفظ وإن جاز للمالك الإعراض عنه إلى التلف ، وهذا ظاهر وإن توهم بعض الطلبة المنافاة اهـ سم على حج (قوله لينسخه) أي غيره (قوله كإعارة غير صغيرة) وكالصغيرة القبيحة كما يأتي (قوله من أجنبي) أي مع فسادها ، وعليه فليس هذا من أقسام العارية الصحيحة ، فالأولى التمثيل له بإعارة خيل وسلاح لحربي على ما يأتي (قوله كإعارة مسلم لكافر) ليخدمه اهـ حج (قوله فلا تصح إعارة مكره) أي بغير حق ، أما به كما لو أكره على إعارة واجبة فتصح اهـ حج (قوله لأن بدنه في يده فلا عارية) قد يشكل بما يأتي فيما لو ركب منقطعا من أنه لا يشترط في العارية كون المعار في يد المستعير ، بل حكم العارية ثابت له وإن كان في يد المعير ، ومن ثم لو سأل شخص صاحب الدابة في حمل متاع له على دابته فحمله عليها كان إعارة لها ، وإن تلفت ضمنها السائل ، اللهم إلا أن يقال : السفيه لا يمكن جعله تحت يد غيره لكونه حرا بخلاف الدابة فكأنه في يد نفسه (قوله وكذا المفلس إعارة عين الخ) هلا قيل بالامتناع مطلقا فيه وفي المكاتب لأنها قد تتلف فتفوت على الغرماء وعلى السيد ولو قيل بذلك لكان وجيها (قوله إلا في نظير مامر) أي في قوله زمنا لا يقابل بأجرة (قوله ولو سفيها) أي بأن كان صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه بسفه ، أما المفلس فتصح استعارته لأنه لا ضرورة لها على الغرماء لأنها لو تلفت تلفا مضمنا لا يزاحم المعير الغرماء ببدلها (قوله إلا إن انتفى الضمان) أي أو لضرورة كبرد مهلك فيما يظهر اهـ حج (قوله ويشترط أن يكون) أي المستعير (قوله وتعيينه) أي المستعير ، وقوله بل مجرد إباحة ، ولو أرسل صبيا ليستعير له شيئا لم يصح ، فلو تلف في يده أو أتلفه لم يضمنه هو ولا مرسله : أي لأنه لم يدخل في يده كذا في الجواهر ، ونظر غيره في قوله أو أتلفه والنظر واضح إذ الإعارة ممن علم أنه رسول لا تقتضي تسليطه على الإتلاف فليحمل ذلك : أي عدم الضمان على ما إذا لم يعلم أنه رسول اهـ حج . وكتب عليه سم قوله فليحمل ذلك الخ ، أقول : فيه نظر أيضا لأن الإعارة لا تقتضي تسليط المستعير على الإتلاف : أي فيضمن فيه إلا في التلف غاية الأمر أنها تقتضي المسامحة بالتلف بواسطة الاستعمال

(قوله لا أجرة لمثله) أما الذي لمثله أجرة فظاهر أنه واجب أيضا لكن لا بالعارية بل بالأجرة (قوله فلا عارية) فيه أنهم صرحوا بأنه إذا قال لغيره اغسل ثوبي كان استعارة لبدنه

بملك الرقبة ، إذ الإعارة إنما ترد على المنفعة ، وأخذ منه الأذرعى امتناع إعارة فقيه أو صوفى سكنهما فى مدرسة ورباط لأنهما يملكان الانتفاع لا المنفعة . ولعل مراده أن ذلك لايسمى عارية حقيقة ، فإن أراد حرمته فممنوع حيث لم ينص الواقف على شىء ولم تكن فى زمنه عادة مطردة بمنع ذلك ، ويلحق بملك المنفعة اختصاصه بها لما سيذكره فى الأضحية من جواز إعارة أضحية أو هدى نذره مع خروجه عن ملكه ، ومثله إعارة كلب لصيد وأب لابنه الصغير ومجنون وسفيه كما ذكره الزركشى بحثا إذا كان الزمن غير مقابل بأجرة ولا يضرّ به لجواز استخدامه فى ذلك حينئذ ، وأطلق الرويانى حل إعارته لخدمة من يتعلم منه لقصة أنس فى الصحيح . وظاهر أن تسمية مثل هذه المذكورات عارية فيه نوع تجوّز ، وقول الأسنوى بإعارة الإمام مال بيت المال لأنه إذا جاز له التمليك

المأذون فيه فليتأمل اه . ويمكن الجواب بأنها وإن لم تقتض التسليط بالإتلاف لكنها اقتضته بالتسليط على العين المعارة بوجوه الانتفاع المعتاد فأشبهت المبيع ، وقد صرحوا فيه بأن المقبوض بالشراء الفاسد من السفيه لايضمنه إذا أتلفه (قوله من جواز إعارة أضحية أو هدى) لو تلف ضمنه المعير والمستعير وليس لنا معير يضمن إلا فى هذه الصورة اه سم على حج . وسيأتى فى كلام الشارح ، ومراده إن كان طريق فى الضمان وأن القرار على من تلفت تحت يده (قوله لجواز استخدامه فى ذلك) قضيته أنه ليس للأب استخدام ولده فيما يقابل بأجرة أو كان يضره وهو ظاهر فى الثانى ، وينبغى خلافه فى الأول بل هو أولى من المعلم الآتى ، وبتسليم الأول فينبغى للأب إذا استخدم من ذكر أن يحسب أجرة مثله مدة استخدامه ثم يملكها له عما وجب عليه ثم يصرفها عليه فيما يحتاجه من نفقة وكسوة . ومما عمت به البلوى أن يموت إنسان ويترك أولادا صغارا فتتولى أمهم أمرهم بلا وصاية أو كبير الإخوة أو عم لهم مثلا ويستخدمونهم فى رعى دوابّ إما لهم أو لغيرهم . والقياس وجوب الأجرة على من استخدمهم سواء كان أجنبيا أو قريبا ، ولا يسقط الضمان بقبض الأم أو كبير الإخوة أو نحوهما حيث لا وصاية ولا ولاية من القاضى (قوله وأطلق الرويانى حل إعارته) أى ولده الصغير ، وقوله لخدمته ظاهره سواء كان ذلك يقابل بأجرة أم لا وهو ظاهر لأن فيه مصلحة له . ومن ذلك بالأولى الفقيه ، ومعلوم أن محل ذلك كله إذا أذن له وليه أما إذا لم يأذن له أو قامت قرينة على عدم رضاه بذلك أو كان استخدامه يعد إزراء به فلا يجوز له ، وبقى مايقع كثيرا من أن المعلم يأمر بعض من يتعلم منه بتعليم بعض آخر هل يجوز له ذلك لأن فيه مصلحة للولد بإتقانه للصنعة بتكرارها أم لا؟ فيه نظر ، والأقرب الأول . وينبغى أن يأتى مثل ذلك فيما لو كان الأب هو المعلم (قوله وقول الأسنوى بإعارة)

(قوله وأخذ منه الأذرعى امتناع إعارة فقيه الخ) إن كانت الصورة أنه أعار لمستحق السكنى فى المدرسة أو الرباط فلا يتجه إلا الجواز ، لكن هذا ليس عارية وإنما هو إسقاط حق ، ولعل هذا هو الذى فهمه الشارح عن الأذرعى ، وإن كانت الصورة أنه أعار لغير مستحق فلا يتجه إلا المنع ، ولعله مراد الأذرعى فلم يتوارد معه الشارح على محل واحد ، ثم لايخفى أن الصورة على كل منهما أن الفقيه أو الصوفى يخرج من السكن المذكور ويعيره لغيره . أما كونه يدخل عنده نحو ضيف فالظاهر أن هذا لا نزاع فى جوازه ، ثم رأيت عبارة الأذرعى ونصها : قوله أى المصنف وملكه المنفعة يقتضى أنه لاتصح إعارة الصوفى والفقيه سكنهما بالرباط والمدرسة ، وكذا كل من فى معناهما لأنهم يملكون الانتفاع لا المنفعة انتهت . وهو كما ترى لم يثبت حكما من عند نفسه حتى يتوجه عليه قول الشارح ولعل مراده الخ ، وأيضا إذا كانت عبارته لاتصح إعارة الصوفى الخ فكيف يتأتى ما ذكره الشارح فتأمل (قوله وأب لابنه) أى وأن يعير الأب ابنه الخ

فالإعارة أولى مردود بأنه إن كان ذلك لمن له حق فى بيت المال فهو إيصال حق لمستحقه فلا يسمى عارية ، أو لمن لاحق له فيه لم يجز لأن الإمام فيه كالولى فى مال موليه ، وهو لايجوز له إعارة شىء منه مطلقا . ومن ثم كان الصواب كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى عدم صحة بيعه لقنّ بيت المال من نفسه لأنه عقد عتاقة ، وهو ليس من أهل العتق ولو بعوض كالكتابة لأنه بيع لبعض مال بيت المال ببعض آخر لملكه أكسابه لولا البيع ، ولأنه يمتنع عليه تسليم ما باعه قبل قبض ثمنه ؛ وهذا مثله لأن القنّ قبل العتق لاملك له وبعده قد يحصل وقد لا ، فالمصلحة منتفية فى ذلك لبيت المال رأسا ؛ وأخذ من ذلك جمع متأخرون عدم وجوب مراعاة شروط أوقاف الأتراك لبقائها على ملك بيت المال لأنهم أرقاء له ؛ فمن له فيه حق حلت له على أى وجه وصلت إليه ، ومن لا حق له لايحل له مطلقا اهـ . والأوجه اتباع شروطهم حيث لم يعلم رقهم ؛ وفعلوا ذلك على وجه اقتضته المصلحة فى نظرهم ولم يتبين خطؤهم فى ذلك لإخراجهم ذلك على وجه مخصوص . ولا يلزم من تشبيه الإمام بالولى إعطاؤه وأحكامه من سائر أوجهه ؛ وقياس ذلك على إعتاق العبد من نفسه ممنوع (فيعير مستأجر) إجارة صحيحة لملكه المنفعة وموصى له بالمنفعة على ما سيأتى تحريره فى بابه وموقوف عليه لم يشرط الواقف استيفاءه بنفسه لكن بإذن الناظر كما أفاده ابن الرفعة وهو ظاهر (لامستعير) بغير إذن المالك (على الصحيح) لأنه لايملكها وإنما أبيح له الانتفاع ، ومن ثم لم يؤجر ولم تبطل عاريته بإذن المالك له فيها ولم يبرأ من ضمانها إن لم يعين له الثانى كما أفاده الماوردى . والثانى يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر (وله أن يستنيب من يستوفى المنفعة له) كأن يركب مثله

أى بجواز إعارة الخ (قوله وهو لايجوز له إعارة شىء منه مطلقا) أى سواء كان ما أعاره يقابل بأجرة أم لا (قوله من نفسه) أى القنّ (قوله ولأنه يمتنع عليه) أى الإمام (قوله جمع متأخرون) منهم حج فى شرحه (قوله من سائر أوجهه) يظهر من هذا اعتراض ما ردّ به على الأسنوى مع أن ظاهر كلامه فيما سبق اعتماد الردّ ، اللهم إلا أن يقال : الردّ إنما هو من جهة تسمية الأسنوى دفع الإمام شيئا لمستحقه عارية (قوله وقياس ذلك على إعتاق العبد) الأولى بيع العبد كما قدمه ، ولكنه عبر بذلك تنبيها على أن بيع العبد من نفسه فى الحقيقة إعتاق (قوله وموصى له بالمنفعة) إلا مدة حياته على تناقض فيه اهـ حج . وكتب عليه سم : هذا مسلم إن دلت قرينة على مباشرة الانتفاع بنفسه كأن أوصى أن ينتفع به مدة حياته وإلا فله الإعارة وإن قيد بمدة حياته اهـ . وقول سم : وإلا أى كأن أوصى له بالمنفعة مدة حياته . وينبغى أن مثل الإعارة الإجارة حيث قيدت بمدة أو بمحل عمل ثم إن مات المؤجر قبل استيفاء المنفعة المعقود عليها انفسخت فيما بقى (قوله لكن بإذن الناظر) مفهومه أن الناظر لايعير وهو ظاهر حيث لم يكن موقوفا عليه ، وإلا بأن شرط النظر للموقوف عليه وانحصر فيه فيجوز له الإعارة ، لكن لامن حيث كونه ناظرا بل من حيث كونه مستحقا للمنفعة (قوله إن لم يعين) أى المالك له : أى المستعير ، وقوله الثانى مفهومه أنه إذا عينه له وأعاره انتهت عاريته وانتفى الضمان عنه (قوله كأن يركب مثله) أشار به لتقييد

(قوله وفعلوا ذلك على وجه اقتضته المصلحة الخ) بهذا يعرفك أن وجوب اتباع شروطهم حينئذ ليس من حيثية الوقف ، إذ الواقف لايشترط فى صحة وقفه مراعاة مصلحة ولا غيرها وإنما ذاك من حيث أن لهم الولاية على بيت المال وقد أخرجوا منه ذلك على وجه مخصوص فلا تجوز مخالفته ، وبهذا يعلم أن الصورة أن يعلم أن فاعل ذلك ممن له دخل فى أمور بيت المال ، فمراده بالأتراك الفاعلين لذلك السلاطين وأتباعهم فتنبه

أو دونه لحاجته دابة استعارها للركوب . قال في المطلب: وكذا زوجته وخادمه لرجوع الانتفاع إليه أيضا . قال الأذرعي : نعم يظهر أنه إذا ذكر له أنه يركبها زوجته زينب وهي بنت المعير أو أخته أو نحوها لم يجز له إركاب ضرتها لأن الظاهر أن المعير لا يسمح بها لضرتها ، ويؤخذ منه جواز إركاب ضرة المستعار لركوبها حيث كانت مثلها أو دونها ولم تقم قرينة على التخصيص ككون المسماة أجنبية من المعير (وشرط المستعار كونه منتفعا به) انتفاعا مباحا مقصودا فلا يعار مالا نفع به كحمار زمن . أما ما يتوقع نفعه كجحش صغير فالأوجه صحة إعارته إن كانت العارية مطلقة أو مؤقتة زمنا يمكن الانتفاع به فيه وإلا فلا ، ولا ينافي ذلك اشتراط وجود النفع حال العقد في الإجارة لمقابلتها بعوض بخلاف ما هنا ، ولا قول الروياني كل ما جازت إجارته جازت إعارته وما لا فلا ، واستثنى فروعا ليس هذا منها ، والاستثناء معيار العموم لقبوله التخصيص بما ذكرناه ولا آلة لهو وأمة لخدمة أجنبي ونقد إذ معظم المقصود منه الإخراج . نعم لو صرح بإعارته للتزيين به أو الضرب على طبعه صح ، ونية ذلك كافية عن التصريح كما بحثه الشيخ لاتخاذ هذه المنفعة مقصدا وإن ضعفت . قال في الخادم : ويؤخذ من قوله أو الضرب على طبعهما جواز استعارة الخط أو الثوب المطرز ليكتب ويخاط على صورته ، وحيث لم تصح العارية فجرت ضمنت لأن للفاسد حكم الصحيح في الضمان ، ويؤخذ من ذلك أنها مع اختلال شرط أو شروط مما ذكروه تكون فاسدة مضمونة ، بخلاف الباطلة قبل استعمالها والمستعير أهل للتبرع وهي التي اختل فيها بعض الأركان كما يؤخذ مما يأتي في الكتابة ، وقول الماوردي : إن من الفاسدة الإعارة بشرط رهن أو كفيل صحيح القول بصحتها مفرع فيما يظهر على مقابل الأصح من صحة ضمان الدرك فيها ، وإن جمع بعضهم بأن كلامه في شرط ذلك ابتداء وما هنا في شرطه دواما (مع بقاء عينه) كثوب وعبد فلا تصح إعارة طعام لأكل ونحو شمعة لوقود لأن منفعتهما باستهلاكهما ومن ثم صحت للتزيين بهما كالنقد كما بحثه الشيخ ، وكون الإعارة لاستفادة المستعير محض المنفعة هو الغالب ، فلا ينافيه أنه قد يستفيد عينا من المعار كإعارة شجرة أو شاة أو بئر لأخذ ثمرة ودر ونسل أو ماء ، إذ

المتن بأن له الاستنابة إذا لم يكن فيها ضرر زائد على استعمال المستعير (قوله أو دونه) أي ما لم يكن عدوا للمعير فيما يظهر م ر اهـ سم على حج ، وقول سم : ما لم يكن عدوا : أي فيهما (قوله لرجوع الانتفاع إليه) يؤخذ منه أن محل جواز ذلك فيما لو أركب زوجته أو خادمه لقضاء مصالحه . أما لو أركبهما لما لا تعود منفعته إليه كأن أركب زوجته لسفرها لحاجتها لم يجز (قوله كونه منتفعا به) أي حال العقد أخذا مما يأتي (قوله لقبوله التخصيص) أي قول الروياني ، وقوله بما ذكرناه : أي من استثناء الجحش الصغير (قوله أو الضرب على طبعه) أي صورته ، وقوله نية ذلك : أي منهما ، وقوله أو الضرب على طبعهما : أي الدراهم والدنانير (قوله ويؤخذ من ذلك) كذا شرح م ر وفيه نظر ، والوجه الضمان لأن اليد يد ضمان ، ثم رأيت م ر توقف فيه بعد أن كان وافقه ثم ضرب على قوله وحيث لم تصح العارية فجرت إلى هنا من شرحه اهـ سم على حج (قوله والمستعير أهل للتبرع) الأولى والمعير (قوله والقول بصحتها) أي الواقع في كلام غير الماوردي (قوله وكون الإعارة لاستفادة المستعير الخ) ويجوز أيضا إعارة الورق للكتابة وكذلك إعارة الماء للوضوء مثلا ولغسل متاع ونجاسة لا ينجس بها كأن يكون واردا والنجاسة حكمية مثلا (قوله وإن جمع بعضهم) مراده حج (قوله كإعارة شجرة أو شاة الخ) ينبغي أن مثل هذه المذكورات إعارة الدواة للكتابة منها والمكحلة للاكتحال منها اهـ سم على حج (قوله أو ماء) أي للغسل أو الوضوء

(قوله منتفعا به) أي ولو مآلا كما يعلم مما يأتي ، وهو مخالف في هذا لحج خلافا لما وقع في حاشية الشيخ (قوله بما ذكرناه) أي مما يتوقع نفعه خلافا لما في حاشية شيخنا (قوله وقول الماوردي إن من الفاسدة الخ) كذا في نسخ الشارح ، وهو مرتب على كلام كان أثبته في الشارح تبعا للتحفة ثم ضرب عليه ، كما نبه عليه الشهاب سم

الأصل فى العارية أن لايكون فيها استهلاك المعار ، لا أن لا يكون المقصود فيها استثناء عين ، وحقق الأشمونى فقال : إن الدرّ والنسل ليس مستفادا بالعارية بل بالإباحة ، والمستعار هو الشاة لمنفعة وهى التوصل لما أبيح وكذا الباقى ، ولا يشترط تعيين المستعار فيكفى خذ ما شئت من دوابى بخلاف الإجارة لأنها معاوضة (وتجوز إعارة جارية لخدمة امرأة) لانتفاء المحذور وسيأتى فى النكاح حرمة نظر كافرة لما لايبدو فى المهنة من مسلمة فيمتنع إعارتها لها فى الحالة المذكورة (أو) ذكر (محرم) للجارية لانتفاء المحذور ، ومثل المحرم مالكها بأن يستعيرها من مستأجر ، وكذا من موصى له بالمنفعة إن كانت ممن لاتحبل لجواز وطئه حينئذ بخلاف من تحبل لأنها قد تلد فتكون منافع ولده للموصى له ، أو زوج ويضمنها كما قاله ابن الرفعة ولو فى بقية الليل إلى أن يسلمها لسيدها أو نائبه لانتفاء المحذور ، بخلاف إعارتها لأجنبى ولو شيخا هما أو مراهقا أو خصيا لخدمته وقد تضمنت نظرا وخلوة محرمة ولو باعتبار المظنة فيما يظهر ، بخلاف ما إذا لم تتضمن ذلك ، وعليه يحمل كلام الروضة ، وفى معنى المحرم ونحوه الممسوح قال الأسنوى وغيره : وسكتوا عن إعارة العبد للمرأة وهو كعكسه بلا شك ، ولو كان

مثلا ، ولا نظر لما تتشربه الأعضاء لأنه بمنزلة الأجزاء الذاهبة بلبس الثوب ، وقوله وحقق الأشمونى الخ ينبغى أن تكون ثمرة الخلاف أن القائل بالإباحة يقول بملكه ملكا مراعى فلا يجوز نقله لغيره ، كما قالوه فيمن أباح ثمرة بستانه لغيره لايجوز له نقله لغيره ، والقائل بالملك يقول يجوز له ذلك (قوله حرمة نظر كافرة) فى حج أن مثلها الفاسقة بفجور أو قيادة اهـ . وفى عدم ذكر الشارح للفاسقة إشارة إلى أنها ليست كالكافرة فيجوز لها النظر كالعفيفة (قوله فتكون منافع ولده للموصى له) فهو نوع من الإرقاق كذا قاله شارح وهو غفلة عما يأتى فى الوصية بالمنافع أن المالك إذا أولدها يكون الولد حرا وتلزمه قيمته ليشترى بها مثله ، وأن حرمة وطئها إن كانت ممن تحبل ليست لذلك بل لخوف الهلاك أو النقص والضعف أو زوج الخ حج . وقد يقال : حيث كانت الحرمة لما ذكر كان القياس جوازه عند إذن الموصى له بالمنفعة لرضاه باتلافها على نفسه ، وقضية إطلاقه خلافه (قوله أو زوج) عطف على محرم وهل تسقط نفقتها عنه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لتمكنه من التمتع بها أىّ وقت أراده ، وبفرض استخدامها فى وقت يريد التمتع بها فيه فهو المفوّت للمنفعة على نفسه ، ولو طلقها ينبغى أن يقال إن كان استعارها لخدمة نفسه بطلت العارية ، كما لو استعار أمة أجنبية بل هذه أولى لما بينهما من الألفة السابقة ، وإن استعارها لتربية ولده مثلا لاتبطل حيث لم يكن فى الانتفاع بها فيما استعارها له خلوة محرّمة ولا نظر ، وما تقدم من سقوط النفقة ظاهر إن تمتع بها وأعرض عن العارية ، أما لو تمتع بها ملاحظا العارية فالأقرب الأول لأنها مسلمة عن جهة العارية ، ويمكن أن يحمل على هذا مانقل بالدرس عن الزيادى من أنها لا نفقة لها لأنه إنما تسلمها عن العارية (قوله وعليه يحمل كلام الروضة) نعم لامرأة خدمة مريض منقطع ، : أى بأن لم يجد من يخدمه ولسيد أمة إعارتها لخدمته . اهـ حج . ومثله عكسه كإعارة الذكر لخدمة امرأة منقطعة ، ويجوز لكل منها النظر بقدر الضرورة إن احتيج إليه

فكان ينبغى الضرب على هذا أيضا أو سياقه على وجه مستقل (قوله لأنها قد تلد فتكون منافع ولده للموصى له) هذا قد تبع فيه الشارح ما كان فى التحفة أولا ، إلا أن الشهاب حج ألحق عقب هذا ما نصه : كذا قال شارح وهو غفلة عما يأتى فى الوصية بالمنافع أن المالك إذا أولدها يكون الولد حرا وتلزمه قيمته ليشترى بها مثله ، وأن حرمة وطئها إن كانت ممن تحبل ليست لذلك بل لجواز الهلاك أو النقص أو الضعف اهـ نبه على ذلك سم (قوله أو زوج) معطوف على مالكها

المستعير أو المعار خنثى امتنع احتياطا ، والمفهوم من الامتناع فيه وفى الأمة الفساد كالإجارة للمنفعة المحرمة ، وهو ما بحثه فى الروضة فى صورة الأمة واستشهد عليه بإطلاق الجمهور نفى الجواز وهو المعتمد ، وقضية كلام الروضة وجوب الأجرة فى الفاسدة وهو كذلك ، وقدمت فى الرهن مايعلم منه أنه لايخالف ذلك قولهم إن فاسد العقود كصحيحها فى الضمان وعدمه ، وإن زعم المخالفة بعض المتأخرين ، وتجوز إعارة صغيرة وقبيحة يؤمن من الأجنبى على كل منهما لانتفاء خوف الفتنة كما ذكره فى الروضة وهو الأصح خلافا للأسنوى فى الثانية ، والأوجه أنه يلحق بالمشتهاة الأمرد الجميل ولو لمن لم يعرف بالفجور وإن أوهم كلام الزركشى تقييد المنع بمن عرف به ، وإنما جاز إيجار حسناء لأجنبى والإيصاء له بمنفعتها لأنه يملك المنفعة فينقلها لمن شاء ، والمعير لا يعير فينحصر استيفاؤه بنفسه : أى أصالة حتى لاينافى مامر من جواز إنابته (وتكره) كراهة تنزيه (إعارة) وإجارة (عبد مسلم لكافر) واستعارته لأن فيها نوع امتهان له ، وقيل يحرم واختاره السبكى ، ويكره استعارة وإعارة فرع أصله ما لم يقصد ترفيهه فيندب ، وإعارة أصل نفسه لفرعه واستعارة فرع أباه منه ليست حقيقة عارية لما مر فى السفيه فلا

أخذا مما قالوه فى نظر الطبيب للمرأة الأجنبية وعكسه (قوله أنه لايخالف ذلك قولهم الخ) أى لأن كلامهم مفروض فى حكم الأعيان التى لاتعدى فيها فتخرج بها المنافع والاستئجار من غاصب مثلا ، وحينئذ فالمقبوضة بالإعارة الفاسدة إن تلفت با ستعمال المأذون فيه لم تضمن ، وإن تلفت بغيره ضمنت عملا بالقاعدة المذكورة ، وأما منفعتها فمضمونة مطلقا ، ولا يلزم من تشبيه الفاسد بالصحيح عدم الضمان لما ذكره الشارح ، على أن حج قال بعدم الضمان للمنفعة كالعين ، والكلام فيما إذا وضع يده بإذن ممن يعتد بإذنه ، فإن قبض ممن لايعتد بإذنه كالمحجور عليه لسفه ضمن مطلقا (قوله وتجوز إعارة صغيرة وقبيحة) لعل قياس ذلك جواز إعارة القن الأجنبى وإن لم يكن صغيرا ولا قبيحا من صغيرة أو قبيحة مع الأمن المذكور اه سم على حج (قوله ولو لمن لم يعرف بالفجور) قيده حج بما إذا كانت الإعارة لخدمة ضمنت خلوة أو نظرا محرما اه (قوله وإجارة عبد مسلم لكافر) هذا يفيد جواز خدمة المسلم للكافر لأن المتبادر من الإعارة أنه يستخدمه فيما يريد سواء كان فيه مباشرة لخدمته كصب ماء على يديه وتقديم نعل له أو كغير ذلك كإرساله فى حوائجه ، وتقدم فى البيع عند الكلام على قول المصنف وشرط العاقد الرشد الخ أنه يجوز إجارة المسلم للكافر ويؤمر بإزالة يده عنه بأن يؤجره لغيره ولا يمكن من استخدامه ، وهو يفيد حرمة خدمة المسلم للكافر ، وعليه فقد يفرق بين الإجارة والعارية بأن الإذلال فى الإجارة أقوى منه فى العارية للزومها ، فلا يمكن من بقاء يده عليه فى الإجارة وتجعل تحتها فى العارية لاحتمال التخلص منه فى كل وقت برجوع المعير ، لكن يرد على هذا أن فى مجرد خدمة المسلم للكافر تعظيما له وهو حرام ، وقد يقال : لايلزم من جواز الإعارة جعله تحت يده وخدمته له لجواز أن يعيره لمسلم بإذن من المالك أو يستنيب مسلما فى استخدامه فيما تعود منفعته عليه ، فليتأمل ذلك كله وليراجع ، وفى عبارة المحلى مايصرح بحرمة خدمته حيث قال : وعلل فى المذهب عدم الجواز بأنه لايجوز أن يخدمه ، وقوله عدم الجواز : أى للعارية (قوله وإعارة أصل فرعه) أى الرقيق (قوله واستعارة فرع) لاتخفى مغايرة هذا لقوله السابق وتكره استعارة فرع أصله ، إذ صورة هذه أنه استعار

(قوله وتجوز إعارة صغيرة وقبيحة الخ) صريح الإطلاق هنا ، وتقييد المنع فيما مر فى غير الصغيرة والقبيحة بما إذا تضمن نظرا أو خلوة محرمة أنه تجوز إعارة القبيحة وإن تضمنت نظرا أو خلوة محرمة ، ولا يخفى مافيه ، وفى التحفة أنهما وغيرهما سواء فى التقييد المذكور ، وفى بعض نسخ الشارح مثله كما هو منقول عن الشارح فى بعض الهوامش فليراجع

كراهة فيهما ». وتحرم إعارة خيل وسلاح لحربيّ ونحو مصحف لكافر وإن صحت وفارقت المسلم لأنه يمكنه دفع الذل عن نفسه بخلافها (والأصح) فى ناطق (اشتراط لفظ) يشعر بالإذن أو بطلبه إذ الانتفاع بملك الغير يتوقف على ذلك ويلحق بذلك كتابة مع نية وإشارة أخرس واللفظ المشعر بذلك (كأعرتك) هذا أو أعرتك منفعته وإن لم يضفه للعين كنظيره فى الإجارة (أوأعرنى) أو خذه لتنتفع به أوأبحتك منفعته وكاركب وأركبنى ، ولو شاع أعرنى فى القرض كما فى الحجاز كان صريحا فيه ، قاله فى الأنوار ، وعليه فيفرق بينه وبين قولهم فى الطلاق لا أثر للإشاعة فى الصراحة بأنه يحتاط للأبضاع مالا يحتاط لغيرها ، وظاهر كلامهم صراحة جميع هذه الألفاظ ونحوها وأنه لاكناية للعارية ، وفيه توقف ظاهر (ويكفى لفظ أحدهما مع فعل الآخر) وإن تأخر أحدهما عن الآخر كالوديعة فيما يظهر خلافا لمن فرق بينهما إذ ظن الرضا حاصل حينئذ ، وقد يحصل من غير لفظ ضمنا كأن فرش له ثوبا ليجلس عليه على ماجرى عليه المتولى ونقله الشيخان عنه نقل الأوجه الضعيفة وجرى عليه ابن المقرى فى بعض نسخ الروض وجزم به فى العباب ، وهومبنى على أن العارية لايشترط فيها لفظ والأصح خلافه وحينئذ فيكون ذلك إباحة لا عارية ، ولا دليل للأوّل فيما يأتى فيمن أركب منقطعا دابته بلا سؤال لإمكان حمل نفى ذلك

أصله من نفسه بأن كان أصله حرا ، وصورة ذلك أنه استعار أصلة من سيده بأن كان رقيقا ، وهذا ظاهر من عبارته ، لكنى نبهت عليه لأنه خفى على جماعة من الطلبة اهـ سم على حج (قوله ونحو مصحف لكافر وإن صحت) لعل محل الصحة إذا لم تكن استعارة الحربى الخيل أو السلاح لمقاتلتنا والكافر المصحف لقراءته فيه مع المس والحمل وإلا فلا تصح على قياس ماقدمه فى استعارة الأمة الكبيرة لخدمة نفسه مع نظر أو خلوة أو يفرق فليحرر اهـ سم على حج . وهو يقتضى أنه إذا لم يغلب على الظن قتاله ، ولنا تحرم إعارته له وتصح وهو مشكل لأنه حيث ظن ذلك لا وجه للحرمة ، ومن ثم قال الزيادى : إنه إذا غلب على الظن عصيانه بما ذكر حرمت إعارته له ولم تصح وإلا صحت ولا حرمة ، ولا ينافى ما ذكره الشارح من الصحة قوله فى شرح المنهج فلا تصح إعارة مايحرم الانتفاع به كآلة لهو وفرس وسلاح لحربى لأنه محمول على ما إذا غلب على الظن أن يقاتلنا به أخذا من قوله فلا تصح إعارة الخ لأنه لايحرم الانتفاع به إلا إذا كان يقاتلنا به (قوله كان صريحا) وعليه فيمكن أن يقال : تتميز العارية بمعنى الإباحة عنها بمعنى القرض بالقرائن ، فإن لم توجد قرينة تعين واحدا منهما فينبغى عدم الصحة أو يقيد حمله على القرض بما اشتهر فيه بحيث هجر معه استعماله فى العارية إلا بقرينة ، وظاهره أن ذلك شائع حتى فى غير الدراهم كأعرنى دابتك مثلا (قوله وفيه توقف) ولو قيل إن نحو خذه أو ارتفق به كناية لم يبعد ولا يضر صلاحية خذه للكتابة فى غير ذلك اهـ حج (قوله وإن تأخر أحدهما عن الآخر) ظاهره وإن طال الزمن جدا ، ويوجه بأنه حيث حصلت الصيغة لايضر التأخر إن لم يوجد من المعير مايدل على الرجوع ولا من المستعير مايدل على الرد (قوله فيكون ذلك إباحة)

(قوله وإن لم يضفه للعين) أى وإن لم يقل أعرتكه أوعينه مثلا فهوتأكيد لقوله أوأعرتك منفعته (قوله كان صريحا فيه) ظاهره ولو فيما يعار كالدابة ، وقد يتوقف فيه مع القاعدة أن ماكان صريحا فى بابه ووجد نفاذا فى موضوعه لايكون صريحا ولا كناية فى غيره (قوله بأنه يحتاط للأبضاع) أى فلا نوقع الطلاق بما اشتهر مطلقا بل بالنية لأنه يلزم من القول بوقوع الطلاق القول بحل البضع لآخر وهو خلاف الاحتياط (قوله وإن تأخر أحدهما عن عن الآخر) يحتمل أن المراد بالتأخر هنا التراخى ، وهو الذى فهمه الشيخ فى الحاشية ، ويحتمل أن المراد مطلق التأخر : أى فلا فرق بين أن يتأخر الفعل عن القول أو عكسه (قوله لإمكان حمل نفى ذلك الخ) لم يظهر المراد

على الجهتين . أما من أحدهما فلابد منه وأنه لايشترط فى ضمان العارية كونها بيد المستعير ، وخرج منه جلوسه على مفروش للعموم فهو إباحة حتى عند المتولى وكأن أذن له فى حلب دابته واللبن للحالب فهى مدة الحلب عارية تحت يده ، وكأن سلمه البائع المبيع فى ظرف فهو عارية ، وكأن أكل الهدية من ظرفها المعتاد أكلها منه وقبل أكلها هو أمانة ، ومقابل الأصح لايشترط اللفظ حتى لو رآه حافيا فأعطاه نعلا أو نحو ذلك كان عارية (ولو قال أعرتكه) أى فرسى مثلا (لتعلفه) أو على أن تعلفه (أو لتعيرنى فرسك فهو إجارة) نظرا للمعنى وهو وجود العوض (فاسدة) لجهالة المدة والعوض مع التعليق فى الثانية (توجب أجرة المثل) إذا مضى بعد قبضه زمن يقابل بأجرة ولا ضمان عليه بتلفها كالمؤجرة ، وكلامهم هذا صريح فى وجوب مؤنة المستعار على المعير دون المستعير ، وهو كذلك سواء أكانت العارية صحيحة أم فاسدة ، فإن أنفق لم يرجع إلا بإذن حاكم أو إشهاد بنية الرجوع عند فقده . أما لو عين المدة والعوض كأعرتك هذه شهرا من الآن بعشرة دراهم ، أو لتعيرنى ثوبك هذا شهرا من الآن فقبل فهو إجارة صحيحة كما فى الأنوار وهو أصح الوجهين ولا يبرأ إلا بردها للمالك أو وكيله دون نحو ولده وزوجته فيضمانها وهو طريق . نعم يبرأ كما فى الروضة بردها لما أخذها منه إن علم المالك به ولو بخبر ثقة فتركها

أى والإباحة لا تقتضى الضمان اهـ حج (قوله وخرج منه) أى عقد العارية (قوله وقبل أكلها هو أمانة) وكذا إن كانت عرضا اهـ حج . قال سم : استشكل بمسئلة ظرف المبيع ، وفرق فى شرح الروض بأنه لما اعتيد الأكل من ظرف الهدية قدر أن عوضها مقابل لها مع منفعة ظرفها ، بخلافه فى البيع فكان عارية فيه على الأصل : وعبارة الشارح فى شرح الإرشاد : وأما إذا لم تكن هدية تطوع بأن كان لها عوض ، فإن اعتيد الأكل منه لم يضمنه بل تلزمه أجرة مثله بحكم الإجارة الفاسدة وإلا ضمنه بحكم الغصب . ثم قال : وحيث قلنا بضمانه توقف استعماله وإلا كان أمانة وإن كان بلا عوض كما صرح به الرافعى اهـ . وهو حاصل ما فى الروض وشرحه وشرح البهجة وغيرها . فالحاصل أن الظرف أمانة قبل الاستعمال مطلقا ومغصوب بالاستعمال الغير المعتاد مطلقا وعارية بالاستعمال المعتاد إن لم يكن عوض وإلا فمؤجر إجارة فاسدة اهـ . ويؤخذ من هذا حكم مايقع كثيرا أن مريد الشراء يدفع ظرفه لزيات مثلا فيتلف منه وهو أنه إن كان التلف قبل وضع المبيع فيه فلا ضمان لأنه أمانة وإن كان بعد وضع المبيع فيه ضمنه لأنه عارية فتنبه له فإنه يقع كثيرا ، ولم يتعرض لحكم الظرف بعد أكل الهدية منه ولا لحكم الدابة قبل حلب اللبن ولا بعده ، ولا لحكم ظرف المبيع بعد أخذ المشترى المبيع منه ، وصريح ما يأتى من الضمان بعد انتهاء العارية أنه هنا كذلك (قوله دون المستعير وهو كذلك) علله فى شرح البهجة بأنها من حقوق الملك اهـ . ويؤخذ منه أن أجرة المركب الذى يعدى فيها أو من يسوقها على المستعير دون المالك (قوله فإن أنفق) أى المستعير (قوله عند فقده) أى وأخذه دراهم وإن قلت (قوله أما لو عين) أى المعير (قوله ولو بخبر ثقة فتركها المالك) أى لم يأخذها منه وإن لم يرد إبقاءها فيه فلا يشترط منه قصد الترك بل المدار على العلم بعودها لمحلها مع التمكن من

من هذا الكلام ، ولعل مراده به ما فى حواشى التحفة للشهاب سم وإن قصرت عبارته عنه ، ونص ما فى الحواشى المذكورة لك أن تحمل ما يأتى على ما إذا وجد لفظ من أحد الجانبين فإنهم لم يصرحوا فيما يأتى بأنه لم يوجد لفظ من أحدهما اهـ (قوله وأنه لايشترط فى ضمان العارية الخ) أى ولا دليل للأول أيضا فيما يأتى أنه لايشترط الخ الذى استدل به الشهاب حج ، ولا يخفى ما فى سياق الشارح مع أنه لم يذكر مايرد الاستدلال

فيه ، ولو استعارها ليركبها فركبها مالكها معه ضمن نصفها فقط ، ولو قال أعطها لهذا ليجيء معى فى شغلى فهو المستعير أو فى شغله فالراكب إن وكله وليس طريقا كوكيل السوم وإلا فهو المستعير والقرار على الراكب (ومؤنة الرد) للعارية حيث كان له مؤنة أو عند الحجر عليه (على المستعير) من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولأنه قبضها لغرض نفسه . أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو ردّه عليه معيره ، وظاهر كلامهم عدم الفرق بين بعد دار هذا عن دار معيره وعدمه ، ووجهه أنه منزل منزلة معيره ، ومعيره لو كان فى محله لم تلزمه مؤنة ، فسقط ما للأذرعى هنا ، ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيردّ لوليه ، فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد . نعم لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتدّ مالكه امتنع رده إليه بل يتعين للحاكم (فإن تلفت) العين المستعارة أو شيء من أجزائها ، ومنها ما لو أركب مالكها عليها منقطعا وإن قصد به وجه الله تعالى ولم يسأله فى ذلك لأنها تحت يده (لا باستعمال) مأذون فيه كسقوطها فى بئر حالة سيرها ، وقياسه كما قاله الغزى أن عثورها حال الاستعمال بذلك وظاهره عدم الفرق بين أن يعرف ذلك من طبعها أولا ، والأوجه تقييده بما إذا لم يكن العثور مما أذن فى حمله عليها على أن جمعا اعترضوه بأن التعثر يعتاد كثيرا : أى ولا تقصير منه . ومحله إن لم يتولد من شدة إزعاجها وإلا فهو ضامن لتقصيره وكأن جنى الرقيق أو صلت الدابة فقتلا للدفع ولو من مالكهما نظير قتل المالك قنه المغصوب إذا صال عليه فقصد دفعه فقط (ضمنها) بدلا أو أرشا للخبر المار بل عارية مضمونة حتى لو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط كما ذكراه ولم يتعرّضا لصحتها ولا فسادها ، ومقتضى كلام الأسنوى صحتها

أخذها منه (قوله ضمن نصفها) أى سواء كان مقدما على مالكها أو رديفا له (قوله فهو المستعير) أى القائل (قوله فالراكب) أى هو المستعير (قوله إن وكله) أى القائل (قوله وإلا) أى وإن لم يوكله (قوله والقرار على الراكب) لم يبين من القرار عليه صريحا فيما لو كان الشغل للآمر ، والظاهر أنه الآمر أخذا من قوله إن القائل هو المستعير لا الراكب (قوله أما إذا رد) أى المستعير (قوله فالمؤنة عليه) أى المالك وظاهره ولو كان استحقاق المستأجر باقياً (قوله بعد دار هذا) أى الرادّ (قوله ووجهه أنه) أى المستعير (قوله بمنزلة معيره) أى المستأجر (قوله بل يتعين للحاكم) أى إن كان أمينا ، وإلا أبقاه تحت يده إن كان كذلك ، وإلا دفعه لأمين يحفظه (قوله ومنها) أى العارية (قوله كسقوطها) هو مثال للتلف بغير الاستعمال المأذون فيه كما يشعر به قوله بعد والأوجه تقييد ذلك الخ ، وإنما كان هذا من الغير لأنه تلف فى الاستعمال لا به ، وكتب أيضا قوله كسقوطها فى بئر ، ومنه مالو استعار ثورا لاستعماله فى ساقية فسقط فى بئرها فإنه يضمنه لأنه تلف فى الاستعمال المأذون فيه بغيره لا به ، ومنه أيضا ما لو أصابه السلاح مثلا من آلة الحرب فيضمنه كل من المستعير والحارث وقرار الضمان على الحارث (قوله وقياسه) أى قياس سقوطها فى بئر الخ (قوله كذلك) أى مضمن (قوله والأوجه تقييده) أى الضمان (قوله على أن جمعا اعترضوه) أى القياس (قوله ومحله إن لم يتولد) أى الضمان (قوله فقتلا) أى فيضمنهما

(قوله ضمن مع الأجرة)كأنه إنما صرّح بالضمان ، مع أن حكم العارية الضمان توطئة لقوله مع الأجرة ، ولأن الضمان هنا غير الضمان قبل الطلب إذ هو حينئذ ضامن مطلقا حتى لو تلفت بالاستعمال المأذون فيه قبل حدوث شيء مما ذكر (قوله كسقوطها فى بئر الخ) مثال للاستعمال الغير المأذون فيه

والأوجه فسادها ولا يعتبر للضمان التفريط فيضمنها (ولو لم يفرط وسيأتى كيفية ضمانها آخر الباب ولو استعار دابة ومعها تبع لم يضمنه لأنه إنما أخذه لعسر حبسه عن أمه، وكذا لو تبعها ولدها ولم يتعرض مالكها له بنفي ولا إثبات فهو أمانة: قاله القاضى ، ولا تضمن ثياب الرقيق المستعار لأنه لم يأخذها لاستعمالها ، بخلاف إكاف الدابة كما قاله البغوى فى فتاويه ، ولا يضمن المعير جلد الأضحية المنذورة، ولا يضمنه المستعير لو تلف فى يده كما قاله البلقينى لا بتناء يده على يد من ليس بمالك ، ولا المستعار للرهن لو تلف فى يد المرتهن ، ولا ضمان عليه ولا على المستعير نظير ما مرّ ولا صيدا استعاره من محرم ، ولا ماقبضه من مال بيت المال من له فيه حق، لكن مرّ أنه ليس بعارية ولا كتابا موقوفا على المسلمين وهو أحدهم ، وقد أفتى بذلك الأذرعى ، ولا ما صالح به على منفعة أو جعل رأس المال منفعة أو أصدق زوجته المنفعة ، فإنه إذا أعار مستحق المنفعة شخصا وتلف تحت يده فلا ضمان (والأصح أنه) أى المستعير (لا يضمن ما ينمحق) أى يتلف من ثوب أو نحوه (أو ينسحق) أى ينقص كما فى المحرر (باستعمال) مأذون فيه لحدوثه بإذن المالك فهو كما لو قال اقتل عبدى والثانى يضمن مطلقا لما مر (والثالث) وهو من زيادة المصنف (يضمن المنمحق) دون المنسحق ، إذ مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد فى الأول ، وموت الدابة كالانمحاق

المستعير (قوله والأوجه فسادها) أى فيضمن الأجرة لمثلها ويأثم باستعمالها (قوله وكذا لو تبعها ولدها) عبارة حج : نعم إن تبعها والمالك ساكت وجب رده فورا وإلا ضمن كالأمانة الشرعية اهـ . ومحل ذلك حيث لم يعلم به كما يدل عليه تشبيهه بالأمانة الشرعية (قوله ولم يتعرض مالكها له) أى وقد علم تبعيته لأمه ، فإن لم يعلمه وجب رده فورا وإلا ضمنه ، و لعل المراد أنه يجب عليه إعلام مالكه : أى حيث عد مستوليا عليه لما يأتى فى الغصب من أنه لو غصب حيوانا وتبعه ولده لا يكون غاصبا له لعدم استيلائه عليه (قوله ولا يضمن المعير جلد الأضحية المنذورة) وهذا بخلاف ماقدمناه فى الأضحية نفسها عن سم ويأتى فى كلام الشارح من أنها مضمونة على المعير والمستعير ، وعلى هذا فلينظر الفرق بين الأضحية وجلدها ، ولعله أن الأضحية لما كان المقصود منها ذبحها وتفرقة لحمها أشبهت الوديعة فضمنت على المعير والمستعير ، بخلاف الجلد فإن المقصود منه مجرد الانتفاع فأشبه المباحات فلم يكن مضمونا على واحد منهما (قوله لو تلف فى يد المرتهن) خرج به ما لو تلف قبل الرهن أو بعد فكاك الرهن ونزعه من يد المرتهن ليرده على المالك فيضمنه فى الصورتين على ما أفهمه كلامه (قوله لكن مر أنه ليس بعارية) أى فلا يستثنى من حكمها (قوله ولا ما صالح به على منفعة) قضية تخصيص الاستثناء فى هذه الصورة بعدم الضمان أن مؤنة الرد فيها على المستعير وإن كانت شبيهة بالأمانات الشرعية لعدم الضمان (قوله والثانى يضمن مطلقا لما مر) أى من تلف العين أو نقصانها المفسر بهما الانمحاق والانسحاق (قوله وموت الدابة) أى بالاستعمال

(قوله ولا يضمنه المستعير لو تلف فى يده) ظاهر ذكر هذا عقب ما قبله أن الضمير فيما قبله للمعير وهو خلاف السياق ، فلو قدم هذا على ما قبله كان أولى (قوله ولا المستعار للرهن) أى ولا يضمن المستعار للرهن كما هو قضية السياق ، وحينئذ فكان الأولى خلاف ما عبر به فى قوله ولا ضمان عليه الخ فتأمل (قوله ولا ما صالح به على منفعة الخ) حق العبارة ولا ما صولح على منفعة أو جعلت منفعته رأس مال سلم أو صداقا على أن هذه الثلاثة ستأتى (قوله لما مر) أى من خبر «على اليد ما أخذت» (قوله وموت الدابة) أى بالاستعمال كما نبه عليه الشهاب سم ولعل صورته أنه حملها حملا ثقيلا بالإذن فماتت بسببه ، بخلاف ما إذا كان خفيفا لا تموت بمثله فى العادة فاتفق موتها لما صرحوا به من الفرق بين ما إذا ماتت بالاستعمال وما إذا ماتت فى الاستعمال

وتقرّح ظهرها وعرجها باستعمال مأذون فيه ، وكسره سيفا أعاره ليقاتل به كالانسحاق كما قاله الصيمرى فى الأخيرة ، ومرّ جواز إعارة المنذور لكن يضمن كل من المعير والمستعير ما نقص منه بالاستعمال ، ولو استعار رقيقا لتنظيف نحو سطح فسقط من سلمه ومات ضمنه بخلاف مالو استأجره ، ولا يشترط فى ضمان المستعير كون العين فى يده بل يضمن ولو كانت بيد المالك كما صرح به الأصحاب ، وفى الروضة لو حمل متاع غيره على دابته بسؤال الغير كان مستعيرا لكل الدابة إن لم يكن عليها شيء لغير المستعير وإلا فبقدر متاعه ، ولا يعارض ذلك قولهما نقلا عن أبى حامد وغيره : لو سخر رجلا ودابته فتلفت الدابة فى يد صاحبها لم يضمنها المسخر لأنها فى يد صاحبها لأن هذا من ضمان الغصب ولابد فيه من الاستيلاء وهو مفقود ، وكلامنا هنا فى ضمان العارية ولا يشترط فيها ذلك لحصولها بدونه ، وهذا أولى مما أشار له القمولى من ضعف أحد الموضعين ، ولو اختلفا فى حصول التلف بالاستعمال المأذون فيه أوّلا صدق المستعير بيمينه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لعسر إقامة البينة عليه ولأن الأصل براءة ذمته ، خلافا لما عزى للجلال البلقينى من تصديق المعير وما وجه به من أن الأصل فى العارية الضمان حتى يثبت مسقطه غير صحيح إذ محل ضمانها أصالة بالنسبة لليد لا للذمة ، وكلام البلقينى فى تعلقه بالذمة وهو أمر طارئ على الأصل فافهم (والمستعير من مستأجر) أو موصى له أو موقوف عليه بقيديهما السابقين أو مستحق منفعة بنحو صداق أو سلم أو صلح (لايضمن) التالف (فى الأصح) لأن يده نائبة عن يد غير ضامنة ، هذا إن كانت الإجارة صحيحة ، فلو كانت فاسدة ضمنا معا والقرار على المستعير كما قاله البغوى فى فتاويه ، ولا ينافيه قولهم فاسد كل عقد كصحيحه ، إذ الفاسدة ليست حكم الصحيحة فى كل ماتقتضيه بل فى سقوط الضمان بما تناوله الإذن لا بما اقتضاه حكمهما ، والثانى يضمن كالمستعير من المالك (ولو تلفت دابته فى يد وكيل) له (بعثه فى شغله أو) تلفت (فى يد من سلمها إليه ليروضها) أى يعلمها المشى الذى يستريح به راكبها (فلا ضمان) عليه حيث لم يفرط لأنه إنما أخذها لغرض المالك ، فإن تعدى كما لو ركبها فى غير الرياضة ضمن كما لو سلمه قنه ليعلمه حرفة فاستعمله فى غيرها (وله) أى المستعير (الانتفاع) بالمعار (بحسب الإذن) لرضا المالك به دون غيره لو أعاره دابة ليركبها لمحل كذا ولم يتعرض للركوب فى رجوعه جاز له الركوب فيه كما نقلاه وأقراه بخلاف نظيره من

(قوله ولو كانت بيد المالك) قد يتوهم من هذه العبارة أنه يضمنها قبل قبضه إياها وظاهر أنه لا معنى له لأن العارية لا تزيد على نحو البيع الصحيح أو الفاسد مع أنه لاضمان فيه على المشترى قبل القبض بل ليس لنا شيء تضمن فيه العين بمجرد العقد من غير قبض ، ويتعين أن المراد أن تلفها فى يد المالك بعد قبض المستعير وبقاء حكم العارية أو قبل قبضها بالفعل لكن استعملها المالك فى شغل المستعير مضمن اه سم على حج (قوله كان) أى الغير مستعيرا الخ (قوله عن أبى حامد) الاسفراينى (قوله وما وجه به) أى البلقينى (قوله بقيديهما السابقين) هما قوله فيما مرّ بالنسبة للموصى له على ما يأتى تحريره ، وبالنسبة للموقوف لم يشترط الواقف استيفاءه بنفسه لكن بإذن الناظر (قوله أو مستحق منفعة) هذا عين قوله السابق ولا ما صالح به الخ (قوله فاستعمله فى غيرها) أى مما يتعلق بالحرمة (قوله جاز له الركوب) أى وجاز له الذهاب والعود فى أى طريق أراده إذا تعددت الطرق ولو اختلفت ، لأن سكوت المعير

(قوله بقيديهما السابقين) القيد فى الموقوف عليه ألا يشترط الواقف استيفاءه بنفسه ، واقتصر عليه الشهاب حج ، وأما قيد الموصى له فلعله أن لاتكون ممن تحبل إذا كانت أمة واستعارها مالكها (قوله ضمنا معا) أى ضمان غصب كما هو ظاهر مما يأتى (قوله بل فى سقوط الضمان بما تناوله الإذن) أى والإذن إنما يتناول استعماله بنفسه كما هو قضية العقد ، وقوله لا بما اقتضاه حكمهما : أى وجواز استعمال الغير إنما هو حكم من

الإجارة ، والفرق بينهما لزوم الرد للمستعير فيتناول الإذن الركوب فى عوده عرفا ، ولا كذلك المستأجر فلا رد عليه ، ويؤخذ منه أن المستعير الذى لايلزمه رد كالمستأجر ويحتمل خلافه ، ولو جاوز المحل المشروط لزمه أجرة مثل الذهاب منه والعود إليه ، وله الرجوع منه راكبا كما صححه السبكى وغيره بناء على أن العارية لاتبطل بالمخالفة وهو ما صححاه (فإن أعاره لزراعة حنطة) مثلا (زرعها) لإذنه فيها (ومثلها) أو دونها بالأولى فى الضرر

عن ذلك رضا منه بكلها (قوله والفرق بينهما لزوم الرد للمستعير) أى وإذا لزمه الرد فهى عارية قبله وإن انتهى الاستعمال المأذون فيه ، فلو استعار دابة لحمل متاع معين فوضعه عنها وربطها فى الخان مثلا إلى أن يردها إلى مالكها فاتت مثلا ضمنها (قوله فلا رد عليه) ظاهره وإن اطردت العادة بأن المستأجر يردها على مالكها ولو قيل بجواز الركوب فى العود اعتمادا على ماجرت به العادة لم يبعد .

[فرع] قال العبادى وغيره : واعتمدوه فى كتاب مستعار رأى فيه خطأ لايصلحه إلا المصحف فيجب ، ويوافقه إفتاء القاضى بأنه لايجوز رد الغلط فى كتاب الغير ، وقيده الريمى بغلط لايغير الحكم وإلا رده ، وكتب الوقف أولى وغيره بما إذا تحقق ذلك دون ماظنه فلا ويكتب لعله كذا ، ورد بأن كتابة لعله إنما هى عند الشك فى اللفظ لا الحكم ، والذى يتجه أن المملوك غير المصحف لايصلح فيه شيئا مطلقا إلا إن ظن رضا مالكه به وأنه يجب إصلاح المصحف لكن إن لم ينقصه خطه لرداءته وأن الوقف يجب إصلاحه إن تيقن الخطأ وكان خطه مستصلحا سواء المصحف وغيره ، وأنه متى تردد فى عين لفظ أو فى الحكم لايصلح شيئا وما اعتيد من كتابة لعله كذا لعله إنما يجوز فى ملك الكاتب اهـ حج . وقال سم على منهج : فائدة : لو استعار كتابا فرأى فيه خطأ لايصلحه إلا أن يكون قرآنا . أقول : والحديث فى معناه فيما يظهر اهـ . أقول : قول حج إن لم ينقصه خطه الخ ينبغى أن يدفعه لمن يصلحه حيث كان خطه مناسبا للمصحف وغلب على ظنه إجابة المدفوع إليه ولم تلحقه مشقة فى سؤاله ، وقوله وكان خطه مستصلحا : أى وخرج بذلك كتابة الحواشى بهوامشه فلا تجوز وإن احتيج إليها لما فيه من تغيير الكتاب عن أصله ولا نظر لزيادة القيمة بفعلها للعلة المذكورة .

[فرع استطرادى] وقع السؤال فى الدرس عما يقع كثيرا أن الشريك فى فرس يتوجه بها إلى عدوّ ويقاتله وتتلف الفرس هل يضمن الشريك بذلك أم لا ؟ فيه نظر . والجواب عنه أن يقال : إن جاءهم العدو إلى بلدتهم وخرجوا للدافع عن أنفسهم وتلفت الفرس والحالة ماذكر فلا ضمان ، وإن خرجوا ابتداء وقصدوا العدوّ على نية قتاله وتلفت ضمنها لأن الشريك لايرضى بخروج الشريك بها على هذا الوجه ، بخلاف الحالة الأولى فإنها المعتاد عندهم فى الانتفاع .

[فرع آخر] وقع السؤال أيضا عما يقع كثيرا أن مستعير الدابة إذا نزل عنها بعد ركوبه لها يرسلها مع تابعه فيركبها التابع فى العود ثم تتلف بغير الاستعمال المأذون فيه فهل يضمنها المستعير أم التابع ؟ فيه نظر ، والأقرب أن الضمان على المستعير لأن التابع وإن ركبها فهو فى حاجة المستعير من إيصالها إلى محل الحفظ (قوله ويؤخذ منه الخ) معتمد (قوله الذى لايلزمه رد) انظر أىّ مستعير لايلزمه الرد اهـ سم على حج : أقول : هو المستعير من المستأجر ونحوه إذا رد على المالك ، فإن الواجب عليه التخلية دون الرد كغيره (قوله ولو جاوز المحل المشروط) وينبغى ضمان تلفها بالاستعمال حال المجاوزة اهـ سم على حج (قوله وله الرجوع منه) أى من المحل المشروط فلا

أحكامها ثبت بعد انتهاء العقد مترتبا على صحته فلا تشاركها فيه الفاسدة

كالفول والشعير لا أعلى منها كذرة وقطن (إن لم ينهه) فإن نهاه عن المثل والأدون امتنعا أيضا اتباعا لنهيه وعلم منه ماصرح به أصله أنه لو عين نوعا ونهى عن غيره اتبع (أو) أعاره أرضا (لشعير) يزرعه فيها (لم يزرع فوقه) ضررا (كحنطة) بل دونه ومثله ، ونكر المصنف الحنطة والشعير وإن عرّفهما فى المحرر إشارة إلى عدم الفرق فى التفصيل المذكور بين أعرتك لزراعة الحنطة أو حنطة ، وترجيح الأسنوى أنه إذا أشار لمعين منهما وأعاره لزراعته لايجوز الانتقال عنه . قال : ولهذا عرّفهما فى المحرر فيه نظر ، واالصحيح فى الإجارة الجواز فكذا هنا ، وصرح فى الشعير بما لايجوز فقط عكس الحنطة تفننا ولدلالة كل على الآخر ففيه نوع من أنواع البديع المشهورة وحيث زرع ما ليس له زرعه فللمالك قلعه مجانا ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة لزمه جميع أجرة المثل على المعتمد كما قاله الأذرعى هو الأوجه والزركشى أنه أرجح ، ويفارق نظيره فى الإجارة بأن المستأجر استوفى ماكان يملكه بما لايقبل الرد بزيادة ، والمستعير لايملك شيئا ، فهو بعدوله عن الجنس كالرادّ لما أبيح له فلا يسقط بإزائه عنه شىء (ولو أطلق) المعير (الزراعة) أى الإذن فيها كأعرتك للزراعة أو لتزرعها (صح) عقد الإعارة (فى الأصح ويزرع ما شاء) لإطلاق اللفظ ومحله كما قاله الأذرعى وأفتى به الوالد رحمه الله إذا كان مما يعتاد زرعه ثم ولو نادرا حملا للإطلاق على الرضا . والثانى لايصح لتفاوت ضرر المزروع ، وإنما لم يكلف الاقتصار على أخفّ الأنواع ضررا لأن المطلقات إنما لم تنزل على الأقل ضررا لئلا يؤدى إلى النزاع والعقود تصان عن ذلك ، قاله البلقينى جوابا عن قولهما لو قيل لايزرع إلا أقل الأنواع ضررا لكان مذهبا ، ولو قال له لتزرع ماشئت زرع ماشاء جزما (وإذا استعار لبناء أو غراس فله الزرع) إن لم ينهه لأنه أخف (ولا عكس) لأن ضررهما أكثر ويقصد بهما الدوام (والصحيح أنه لايغرس مستعير لبناء وكذا العكس) لاختلاف الضرر فإن ضرر البناء فى ظاهر الأرض أكثر من باطنها ، والغراس بالعكس لانتشار عروقه وكالزرع مايغرس فى عامه للنقل ويسمى الشتل . والثانى يجوز ما ذكر لأن كلا من الغراس والبناء للتأبيد، وإذا استعار لواحد مما ذكر ففعله ثم مات أو قلعه ولم يكن قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى لم يجز له فعل نظيره ولا إعادته مرة ثانية إلا بإذن جديد (و) الصحيح (أنه لاتصح إعادة الأرض مطلقة بل يشترط تعيين نوع المنفعة) قياسا على الإجارة . نعم لو عمم فقال لتنتفع بها كيف شئت أوبما بدا لك صح وينتفع بما شاء كالإجارة ، ومقتضى التشبيه تقييده بما كان معتادا نظير ما مر ، وبه جزم

يركب إلا بعد عوده إليه (قوله كالفول والشعير) وعليه فلو استعار للشعير هل يزرع الفول وعكسه ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه إذا استعار الشعير لايزرع فولا بخلاف عكسه (قوله ففيه نوع من أنواع البديع) أى وهو الاحتباك (قوله ويفارق نظيره فى الإجارة) أى حيث يلزمه الزائد فقط (قوله فلا يسقط بأدائه) قضيته أن الإباحة ترتد بالرد ، وفى سم على منهج أول الباب عن شرح الإرشاد لحج ما حاصله أن العارية ترتد بالرد ، وإن قلنا إنها إباحة لا هبة للمنافع . ثم قال : فإن قلت مر فى الوكالة أن الإباحة لاترتد بالرد . قلت : ذاك فى الإباحة المحضة وهذه ليست كذلك اه . أى وبتقدير أنها إباحة محضة فهو لم يستوف ما أبيح له وقد استوفى ما لم يأذن له خاصة (قوله زرع ماشاء) أى مما جرت به العادة اه سم على حج (قوله ويسمى الشتل) وينبغى تقييده بما إذا لم تطل المدة التى يبقى فيها الشتل قبل نقله على مدة الزرع المعتادة ، وإلا فبعد انقضاء مدة الزرع يقلع مجانا كما يشمله قوله الآتى أو زرع غير المعين مما يبطئ أكثر منه كما فى نظيره الخ (قوله ومقتضى التشبيه الخ) معتمد

(قوله بزيادة) متعلق باستوفى والباء بمعنى مع (قوله لأن المطلقات) هو تعليل من جانب السائل والجواب قوله

ابن المقرى ، فالقول بأنه مبنى على المرجوح المارّ فى إطلاق الزراعة غير صحيح والثانى يصح واختاره السبكى ، والأرض مثال لما ينتفع بجهتين أو أكثر كالدابة ، أما ما انحصرت منفعته فى جهة واحدة كبساط لا يصلح إلا للفرش فلا يحتاج فى إعارته إلى بيان الانتفاع ، ويستعمل فى ذلك بالمعروف قال فى المطلب : وكذا لو كان الانتفاع بجهات لكن إحداها هى المقصود منه عادة اهـ .

(فصل)

فى بيان جواز العارية وما للمعير وعليه بعد الرد فى عارية الأرض وحكم الاختلاف

وهى من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة ، فحينئذٍ (لكل منهما) أى المعير والمستعير (رد العارية) ولو مؤقتة بوقت لم ينقض أمده (متى شاء) لأنها مبرّة من المعير وارتفاقٌ من المستعير فالإلزام غير لائق بها ، والردّ فى المعير بمعنى الاسترداد الذى عبر به أصله ، ولو استعمل المستعار أو المباح له منافعه بعد الرجوع جاهلا فلا أجرة عليه كما مر ، فلا ينافيه قولهم إن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل إذ محله عند عدم تسليط المالك ولم يقصر بترك

(قوله ويستعمل فى ذلك) أى فإن استعمله فى غيره كأن تغطى به ضمن .

(فصل) فى بيان جواز العارية

(قوله وعليه بعد الرد الخ) أى انتهاء العارية ، وإن كانت العين فى يد المستعير أو انتهت بفراغ المدة لكونها مؤقتة (قوله وحكم الاختلاف) أى وما يتبع ذلك كوجوب تسوية الحفر وإعراض القاضى (قوله وارتفاق من لمستعير) أى شأنها ذلك فلا ينافى أنه قد يستعير ماهو غنىّ عن الارتفاق به لوجود غيره فى ملكه (قوله ولو ستعمل المستعار أو المباح له منافعه) خرج بها الأعيان فإنها مضمونة (قوله بعد الرجوع جاهلا) وخرج به مالو ستعمل العارية بعد جنون الغير غير عالم به فعليه الأجرة لأنه بعد جنونه ليس أهلا للإباحة اهـ حواشى شرح الروض : أو ولا ينسب له تقصير بعدم الإعلام ، ومثل الجنون إغماؤه أو موته فتلزمه الأجرة مطلقا لبطلان الإذن بالإغماء والموت (قوله فلا أجرة عليه) وانظر لو استعمل العين بعد انقضاء المدة فى الإعارة المؤقتة جاهلا بانقضائها هل هو كاستعماله بعد الرجوع فى المطلقة حتى لا تلزمه أجرة أولا ويفرق اهـ سم على حج . وقد يقال : الأقرب الفرق ، فإن الاستعمال فى المؤقتة بعد فراغ المدة لم يتناوله الإذن أصلا فاستعماله محض تعدّ وجهله إنما يفيد عدم الإثم كما لو استعمل مال غيره جاهلا بكونه ماله ، وقد يشعر بالفرق قول الشارح إذ محله عند عدم تسليط المالك الخ ، وقوله بعد الرجوع ، وينبغى أن مثل المستعير المستعمل بعد انقضاء المدة وارثه فى وجوب الأجرة لأن الإذن لم يشمله ، هذا ويرد على قوله إذ محله عند عدم تسليط المالك الخ ماذكره فى القسم والنشوز من أنه لو

لئلا يؤدّى الخ (قوله فى إطلاق الزراعة) صوابه فى إطلاق الإعارة كما يعلم من شرح الروض ، ومراده بهذا الرد على شيخ الإسلام فى الشرح المذكور فليراجع .

(فصل) فى بيان جواز العارية

(قوله الذى عبر به أصله) الذى فى أصله إنما هو التعبير بالرجوع فهو قد عبر عما فى الأصل بالمعنى (قوله فلا ينافيه) الأولى التعبير بالواو بدل الفاء

إعلامه ، وفارق نظيره فى الوكالة بأنها عقد والإعارة إباحة ، وإنما ضمن وكيل اقتص جاهلا بعفو موكله لأنه مقصر بتوكيله فى القود إذ هو غير مستحب ، لأن العفو مطلوب فضمن زجرا عن التوكيل فيه ، ولو أعاره لحمل متاعه إلى بلد فرجع قبل وصوله لزمه لكن بالأجرة نقل متاعه إلى مأمن ، ويظهر أن مثله فى ذلك نفسه إذا عجز عن المشى أو خاف وعلم من جوازها كالوكالة انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه أو الحجر عليه بسفه ، وكذا بحجر فلس على المعير كما بحثه الشيخ ، وحيث انفسخت أو انتهت وجب على المستعير أو ورثته إن مات ردها فورا

أباحه ثمرة بستانه ثم رجع ولم يعلم من أبيح له بالرجوع فأكل الثمرة من أنه يضمن مع الفرق بين المنافع والأعيان ، اللهم إلا أن يخص بالمنافع أو أنه جرى هنا على القول بالتسوية بينهما ، ثم ماتقرر من أن المنافع غير مضمونة حيث استوفاها جاهلا بالرجوع لتسليط المالك له يقتضى أن البائع لو اطلع على عيب فى الثمن المعين ففسخ العقد ولم يعلم بذلك المشترى فاستعمل المبيع جاهلا لم يضمن ما استوفاه من المنافع ، بخلاف الأعيان كاللبن فإنها مضمونة عليه ، وكذا يقال فى المشترى لو اطلع على عيب فى المبيع ففسخ العقد ولم يعلم به البائع واستعمل الثمن المعين أو استوفى منه عينا ويجرى مثل ذلك فى نظائره (قوله توجيها للتسوية بين العلم والجهل فى الضمان [1]) بقوله إذ محله عند عدم تسليط (قوله ولم يقصر) أى المعير ، وقوله بترك إعلامه أى المستعير (قوله وفارق نظيره فى الوكالة) حيث قيل ببطلان تصرف الوكيل بعد عزل الموكل له وقبل بلوغ الخبر (قوله وإنما ضمن وكيل) أى بالدية لا بالقصاص (قوله إذ هو غير مستحب) أى بل ينبغى كراهته (قوله فرجع) أى المعير (قوله لزمه) أى المعير (قوله إذا عجز عن المشى) أى ويقبل قوله فى ذلك إن دلت قرينة على ما ادعاه (قوله أو جنونه) هذا شامل لما لوكانت العارية غير مضمونة عليه كأن كانت من مستأجر أو دعت إليها ضرورة فهلا قيل بعدم انفساخها ، والحالة ماذكر لجواز إنشائها من الولى ، اللهم إلا أن يقال : لما كان الانتفاع بها مستندا لعقد المستعير وقد زالت أهليته قلنا ببطلان عقده ، وليس ثم ما يستند إليه فى الانتفاع ليكون استدامة ، والولىّ متمكن من إنشاء العقد إن أراده بأن رآه مصلحة (قوله أو الحجر عليه بسفه) أى على أحدهما (قوله وكذا بحجر فلس) لكن تقدم أن المفلس تجوز له إعارة عين من ماله زمنا لايقابل بأجرة ، وعليه فينبغى أنه إذا كان الباقى من المدة مثلا كذلك عدم الانفساخ (قوله أو انتهت) أى بأن كانت موقتة بمدة وانقضت (قوله ردها فورا) ظاهره وجوب الرد فورا على المالك وإن استعار من المستأجر فلا يكفى الرد عليه ، لكن قدمت فى الإقرار عند قول المصنف ولو غصبوا من زيد الخ أن المغصوب من المستأجر أو المرتهن يردّ عليه ويبرأ الغاصب فيحتمل أن المستعير من المستأجر ووارثه كذلك اهـ سم على حج . وقد يتوقف فى كون ماذكر قضية كلامه إذ مجرد قوله وجب على المستعير الخ لايقتضى قصر الرد

(قوله ومن ثم ضمن وكيل اقتص جاهلا الخ) فى هذا الاستنتاج وقفة لاتخفى ، سيما وقد علل الحكم بما يأتى فهو غير معلوم مما قبله حتى يستنتج منه . وفى بعض النسخ : وإنما ضمن وكيل الخ ،وهو الموافق لسياق شرح الروض ، إذ هو جواب عما يرد على مامرّ من أن محل عدم الاختلاف بالعلم والجهل عند عدم تسليط المالك فيقال : مسئلة الوكالة المذكورة فيها تسليط فلم ضمن الوكيل مطلقا ؟ فأجاب بما ذكر

---

(١) قول المحشى (قوله توجيها الخ) هكذا فى جميع النسخ التى بأيدينا وليست فى نسخ الشرح ، ولعل موضع القولة بياض فى نسخة المؤلف أو غيرها من النسخ الصحيحة أو كلام ساقط ، فكتب النساخ موضعها قوله بالأحمر أو غير ذلك والعلم عند الله اهـ .

كما مر وإن لم يطلب المعير ، فإن أخر الورثة لعدم تمكنهم ضمنت فى التّركة ولا أجرة وإلا ضمنوها مع الأجرة ، ومؤنة الرد فى هذه عليهم وفيا قبلها على التّركة ؛ فإن لم تكن لم يلزمهم سوى التخلية ، وكالورثة فى ذلك وليه لو جنّ أو حجر عليه بسفه ، والمراد بجواز العارية جوازها أصالة وإلا فقد يعرض لها اللزوم من الجانبين أو أحدهما كما أشار إليه بقوله (إلا إذا أعار لدفن) ميت محترم ودفن (فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون) بحيث لايبقى منه شيء فيرجع حينئذ بأن يكون قد أذن له فى تكرير الدفن وإلا فالعارية انتهت وذلك لأنه دفن بحق وفى النبش هتك حرمة ، ولا يرد عليه عجب الذنب فإنه وإن لم يندرس إلا أن الكلام فى الأجزاء التى تحسّ وهو لايحسّ ، وحكم الورثة حكم مورثهم فى عدم الرجوع ، ولا أجرة لذلك محافظة على حرمة الميت ولقضاء العرف بعدم الأجرة والميت لا مال له ؛ وعلم من تعبيره بالاندراس لزومها فى دفن النبي والشهيد لعدم بلائهما ، فلا يرد أن هذا كله إن رجع بعد تمام الدفن ، فلو رجع بعد وضع الميت فى القبر ولم يوار لم يؤثر كما اقتضاه كلام الشرح الصغير، وهو المعتمد وإن نقل فى الروضة عن المتولى من غير مخالفة جوازه وللمعير سقى شجرة المقبرة

على المالك (قوله كما مر) أى فى موت المعار وبها عبر حج (قوله ولا أجرة) أى للعين المعارة فى مدة التأخير (قوله وإلا ضمنوها) ظاهره وإن لم يضع أحد منهم يده عليها ، ولعل محله إذا وضع يده عليها ولا يتوقف عليه وصولها إلى مستحقها . ووجهه أنه خليفة المورث فيلزمه ما يلزمه اه سم على حج . وأفهم قوله ولا توقف الخ أنه لو توقف ردها على وضع يده عليها فأخذها ليردها على مالكها فتلفت لم يضمنها كما لو تلفت قبل وضع اليد عليها وهو ظاهر (قوله وفيا قبلها) لعل المراد بما قبلها أنهم حيث ردوا فورا أو عقب زوال المانع من الرد لا أجرة عليهم إذ لم يتمكنوا من الرد (قوله فإن لم تكن) أى التّركة (قوله لو جن) لم يقل أو أغمى عليه لأن المغمى عليه لا ولىّ له إلا إن زادت مدة إغمائه على ثلاثة أيام على ما ذكره الشارح فى كتاب النكاح (قوله وكالورثة فى ذلك وليه) أى المستعير (قوله لدفن ميت محترم) وهو كل من وجب دفنه فيدخل فيه الزانى المحصن وتارك الصلاة والذمى وقاطع الطريق ، وخرج بالمعير المستأجر فليس له أن يدفن موتاه فيها إلا إن عمم له المؤجر فى الانتفاع ونص له على الدفن بخصوصه فله ذلك ، وعليه فهل للمستأجر أن يعيرها لغيره للدفن فيها لجواز ذلك له فينزل منزلته أم لا فيه نظر ، والأقرب الأول للعلة المذكورة (قوله ودفن) بقى مالو وضع فى القبر بالفعل ثم أخرج منه لغرض مّا كتوسعة القبر أو إصلاح كفنه مثلا فهل له الرجوع أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يأتى فيه ماقيل فيا لو أظهره سيل أو سبع الآتى (قوله فلا يرجع حتى يندرس) ويعلم ذلك بمضىّ مدة يغلب على الظن اندراسهم فيها (قوله بأن يكون قد أذن له) تصوير لصورة الرجوع (قوله إلا أن الكلام) الأولى لأن الخ (قوله فى الأجزاء التى تحسّ) قضيته أن كل ما لايحسّ من الأجزاء كعجب الذنب اه سم على حج (قوله لزومها) أى العارية (قوله لعدم بلائهما) يؤخذ منه أن مثلهما غيرهما ممن ثبت فيهم عدم الاندراس ، ولعله لم يذكره لعدم علمنا بالشروط المقتضية لعدم بلائهم (قوله فلو رجع بعد وضع الميت) أى أو إدلائه اه سم على حج وعبارته بل يتجه امتناع الرجوع بمجرد إدلائه وإن لم يصل إلى أرض القبر لأن فى عوده من هواء القبر بعد إدلائه إزراء به فليتأمل ، وقول سم بمجرد إدلائه : أى أو إدلاء بعضه فيا يظهر (قوله لم يؤثر) أى الرجوع (قوله وللمعير سقى شجرة المقبرة)

(قوله وإلا ضمنوها) أى فى أموالهم كما هو ظاهر (قوله لم يؤثر) هو عين ماقبله فكان اللائق خلاف هذا التعبير . وحاصل المغايرة بين هذا وبين ماقبله الخلاف فى هذا والوفاق فى ذاك ، فكأنه قال :

إن أمن ظهور شيء من الميت وضرره ، ولو أظهره السيل من قبره وجب إعادته فيه فورا ما لم يمكن حمله إلى موضع مباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير فلا يجوز كما بحثه ابن الرفعة ، وعلى المعير لولى الميت كما فى الروضة مؤنة حفر ما رجع فيه قبل الدفن لأنه المورّط له ، وفارق ما لو بادر إلى الأرض بعد تكريب المستعير لها فإنه لا يلزمه أجرة التكريب بأن الدفن لا يمكن بدون الحفر والزرع يمكن بدون التكريب ، ويؤخذ منه أنه لو أعاره لغراس أو بناء من لازمه التكريب ورجع بعده غرم له أجرة الحفر وهو كذلك ، وأنه لو انفسخت بنحو جنون المعير لم تلزمه مؤنة حفر القبر كما يؤخذ من التعليل ، ولا يلزم الوارث طمّ ماحفره للإذن له فيه . وفى الروضة عن البيان : لو أعاره أرضا لحفر بئر فيها صح ، فإذا نبع الماء جاز للمستعير أخذه لأنه مباح بالإباحة وللمتولى تفصيل حاصله أن للمعير إذا رجع منعه من الاستقاء وله طمها مع غرم ما الّزمه من المؤنة وتملكها بالبدل إن كان له فيها عين كآجرّ وخشب ، وإلا فإن قلنا القصارة ونحوها كالأعيان ، وهو الأصح فكذلك وإلا فلا ، والتقرير بأجرة إن احتاج الاستقاء إلى نحو استطراق فى ملكه وأخذها فى مقابلته ، فإن أخذها فى مقابلة الماء فلا بد

أى وإن حدثت بعد الدفن لجواز تصرفه فى ظاهر الأرض بما لا يضر الميت (قوله ولو أظهره السيل) أى أو السبع (قوله وجب إعادته فيه فورا) أى على كل من علم به فهو فرض كفاية ، ، واعتمد مر أنه إن كانت التركة لم تقسم فمؤنة الرد فيها وإن قسمت فعلى بيت المال وإلا فعلى المسلمين كما قالوه فيما لو سرق كفنه اه سم على حج (قوله من غير تأخير) أى عن مدة إرجاعه للأوّل بأن كان مساويا أو أقرب (قوله فلا تجوز) أى إعادته ، والأولى فلا تجب لأنه حيث كان المباح مساويا للأوّل أو أبعد منه بل أو أقرب فلا مغنى لوجوب إعادته للأول لأن عوده إليه لا إزراء فيه بالنسبة لغيره ويمكن تخصيص عدم الجواز بما إذا كان محله أبعد من المباح أو كان عوده إلى الأوّل يحتاج إلى إصلاح القبر (قوله لولى الميت) أى وارثه (قوله مؤنة حفر ما رجع فيه) ظاهره سواء حفره بنفسه أو استأجر من يحفر له وهو ظاهر أو حفره له متبرّع بقصد المستعير (قوله لأنه المورّط له) أى إعارته إياه الأرض فمنعه من الدفن تقصير (قوله ما لو بادر الخ) أى بادر المعير إلى الرجوع فى الأرض ، وقوله بعد تكريب : أى حرث ، وقوله يؤخذ منه : أى من قوله بأن الدفن الخ (قوله أو بناء) أى أو زرع (قوله غرم له أجرة الحفر وهو كذلك) . قال سم على منهج بعد ماذكر : قال مر : وصورة مسئلة القبر أن يكون الحافر الوارث ، فلو كان الحافر الميت بأن استعار الأرض ليحفر له فيها قبرا فحفره ثم مات فرجع المعير لم يغرم أجرة الحفر ، وأظنه علله بأنه لاحق له فيما حفره فى حال حياته فليراجع اه (قوله كما يؤخذ من التعليل) لعله بملاحظة ماقدمناه من أن رجوعه بعد الإذن تقصير وإضرار وهما منتفيان هنا (قوله للإذن له) أى للوارث (قوله وللمتولى الخ) معتمد (قوله وله) أى المعير طمها مع غرم ما الّزمه : أى المعير بتوريط المستعير فى الحفر والمراد بالمؤنة ما يقابل الحفر عادة لا ماصرفه المستعير على الحفر (قوله إن كان له) أى المستعير (قوله فكذلك) أى له تملكها بالبدل ، ولعل المراد بتملكها غرم مازاد فى قيمتها بسبب الحفر (قوله وأخذها) أى الأجرة وقوله فى مقابلته : أى الاستطراق.

فلو رجع بعد وضع الميت ففيه خلاف المعتمد منه عدم التأثير أيضا (قوله من لازمه التكريب) الأولى الحفر والتكريب الحرث (قوله وللمتولى تفصيل حاصله الخ) عبارة شرح الروض : وقال المتولى : إن قصد أن يستقى منها فلا خلاف أنه إذا رجع المعير فله منعه من الاستقاء ، وإن أراد طمها ويغرم ما الّزمه من المؤنة جاز ، وإن

من شروط المبيع أو ترك الطم لم يجز لأن وضع الإجارة جلب النفع لا دفع الضرر ، فإن كانت بئر حش أو يجتمع فيها ماء المزاريب ، وأراد الطم أو التملك فكما مر ، أو التقرير بعوض فكما لو صالح على إجراء الماء على سطح بمال وإلا إذا أعار كفنا وكفن فيه وإن لم يدفن فإن الأصح بقاؤه على ملكه ولا يرجع فيه حتى يندرس أيضا ، وإلا إذا قال أعيروا دارى بعد موتى لزيد سنة مثلا وخرجت من الثلث فيمتنع على الوارث الرجوع ، أو نذر أن يعيره مدة معلومة أو أن لا يرجع ، وإلا إذا رجع معير سفينة بها أمتعة موضوعة وهى فى اللجة ويستحق الأجرة من حينئذ كما بحثه ابن الرفعة كما لو رجع قبل إنتهاء الزرع ، وإلا إذا أعار ثوبا للستر أو الفرش على نجس فى مفروضة كما بحثه الأسنوى لحرمة قطع الفرض ، ويوافقه قول البحر ليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة ، لكن يرد على ذلك قول المجموع : لو رجع المعير فى أثناء الصلاة نزعه وبنى على صلاته ولا إعادة عليه بلا خلاف ، وقياسه ذلك فى المفروش على النجس إلا أن عليه الإعادة ، وعلى الأول فالأوجه لزوم الاقتصار على أقل مجزئ من واجباتها بعد الرجوع ، وقد حمل الوالد رحمه الله تعالى الأول على ما إذا استعار ذلك ليصلى فيه الفرض ورجع بعد الشروع فهى لازمة من جهتهما . والثانى على ما إذا استعارها لمطلق الصلاة

وقوله فلا بد من شروط البيع وذلك بأنه يبيعه الأرض وما فيها من الماء (قوله أو ترك الطم لم يجز) قضيته أنه إذا خلا عن الاستطراق فى ملكه لا يجوز أخذ الأجرة وإن كانت الأرض التى حفر فيها البئر تقابل فى نفسها بأجرة ، وينبغى جواز أخذ الأجرة لمثل تلك الأرض مجردة عن الحفر (قوله فكما مر) من جواز الطم إن غرم له المؤنة . ومن التخيير بين التملك بالقيمة إلى آخر مامر (قوله فكما لو صالح على إجراء الماء الخ) أى فيجوز (قوله وإلا إذا أعار كفنا الخ) ولو أعار كفنا فينبغى امتناع الرجوع بوضع الميت عليه وإن لم يلف عليه لأن فى أخذه إزراء بالميت بعد الوضع ، ويتجه عدم الفرق فى الامتناع بين الثوب الواحد والثلاث بل والخمس بخلاف ما زاد مر : وقوله وإن لم يلف عليه : أى بخلاف هويه عليه من غير وضع فلا يمتنع الرجوع (قوله وإلا إذا رجع معير سفينة بها الخ) قال سم على حج أى فيلزمه الصبر إلى أقرب مأمن : أى ولو مبدأ السير حتى يجوز له الرجوع إليه إن كان أقرب ، وقوله ويستحق الأجرة الخ ظاهر العبارات المذكورة فى هذا المقام أنه حيث قيل بوجوب الأجرة استوقف وجوبها على عقد ، بل حيث رجع وجب له أجرة مثل كل مدة مضت ، ولا يبعد أنه حيث وجبت الأجرة صارت العين أمانة لأنها وإن كانت فى الأصل عارية صار لها حكم المستأجرة .

[فائدة] كل مسألة امتنع على المعير الرجوع فيها تجب له الأجرة إلا فى ثلاث مسائل : إذا أعار أرضا للدفن فيها فلا رجوع له قبل اندراس الميت ولا أجرة له ، ومثلها إعارة الثوب للتكفين فيه لعدم جريان العادة بالمقابل ، وإذا أعار الثوب لصلاة الفرض فليس له الرجوع بعد الإحرام ولا أجرة له أيضا ، ومثلها إذا أعار سيفا للقتال ، فإذا التقى الصفان امتنع الرجوع ولا أجرة لقلة زمنه عادة كما يفيد ذلك كلام سم على منهج ونقل اعتماد مر فيه (قوله ويستحق الأجرة من حينئذ) أى الرجوع فى السفينة فقط (قوله لحرمة قطع الفرض) .وينبغى لزوم الأجرة حيث كان الباقى من زمن الصلاة يقابل بأجرة ، لكن فى سم على منهج ما يخالفه ، ويمكن توجيهه بأن العرف قاض بعدم أخذ الأجرة لذلك كما قيل به فيما لو رجع فى الأرض بعد الإعارة للدفن (قوله الأول على ما إذا استعار الخ) هو قول البحر ليس للمعير الاسترداد الخ (قوله والثانى على ما إذا استعارها) وهو قول المجموع لو رجع المعير نزعه

أراد تملكها بالبدل فإن كان له فيها عين كآجر وخشب جاز كما فى البناء والغراس الخ (قوله أو ترك) بالجر (قوله أمتعة موضوعة) كذا فى النسخ ، وعبارة التحفة : أمتعة معصومة ، ولعل ما فى الشرح محرف عنه من النساخ

فتكون لازمة من جهة المستعير فقط إن أحرم بفرض ، وللمعير الرجوع ونزع الثوب ، ولا إعادة وجائزة من جهتهما إن أحرم بنفل ، ، وإلا إذا أعار سترة ليستتر بها فى الخلوة أو أعار دارا لسكنى معتدّة فهى لازمة من جهة المستعير ، وإلا إذا أعار جذعا ليسند به جدارا مائلا فيمتنع الرجوع فيا يظهر وفاقا للبحر ، والأوجه ثبوت الأجرة له ، وكذا لو أعار ما يدفع به عما يجب الدفع عنه كآلة لسقى محترم أو ما يقى نحو برد مهلك أو ما ينقذ به غريقا ، وقياس ما مر ثبوت الأجرة أيضا (وإذا أعار للبناء أو) لغرس (الغراس ولم يذكر مدة) بأن أطلق (ثم رجع) بعد البناء والغراس (إن كان) المعير (شرط القلع مجانا) أى بلا بدل (لزمه) عملا بالشرط ، فإن امتنع فللمعير القلع ، ويلزم المستعير أيضا تسوية حفر إن شرطها وإلا فلا ، واحترز بمجانا عما لو شرط القلع وغرم أرش النقص فيلزمه ، وإن ذهب جمع تبعا للنص والجمهور إلى أن الصواب حذف مجانا ، ولو اختلفا فى وقوع شرط القلع بلا أرش أو معه صدق المعير خلافا لما بحثه الأذرعى كما لو اختلفا فى أصل العارية ،

وبنى على صلاته (قوله إن أحرم بفرض) وعلى هذا لو تبين بطلان صلاته بعد الفراغ منها ليس له إعادتها فى الثوب إلا بإذن جديد ، كذا نقل بالدرس عن سم ببعض الهوامش ، وأما إذا تبين ذلك فى الأثناء فينبغى أن يقال إن كان ذلك فى الركعة الأخيرة أو نحوها مما يطول زمنه بعد الإحرام كان كالتبين بعدها ، وإن كان فى أول الصلاة بحيث يكون الماضى قبل التبين مما يقع قدره فى تطويل الصلاة عادة جاز إعادتها فيه بلا إذن ، لأنه لو لم يتبين بطلانها وطول ذلك القدر لم يمنع منه ، وبقى ما لو استعار سترة لصلاة فصلى غيرها هل للمعير الرجوع أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال : إن أحرم بمثلها أو دونها ليس له أن يرجع فيها ، بخلاف ما لو كانت أكثر عددا منها كأن أعاره لصلاة الصبح فصلى الظهر مثلا فله الرجوع ، وهل يرجع من الابتداء أو بعد صلاة ركعتين نقل عن سم بالدرس الثانى ، وبقى أيضا ما لو استعاره ليصلى فيه مقصورة فأحرم بها ثم لزمه الإتمام فهل للمعير أن يرجع بعد تمام الركعتين لأنهما المأذون فيهما ولا تبطل صلاته لأنه عاجز أولا لأنه أذن له فى الدخول فيها فلا يجوز له الرجوع ويلزمه الإبقاء ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه حيث لزمه الإتمام بعد اختياره ليس له الرجوع ، فلو رجع لزمته الأجرة فى الركعتين الأخيرتين ، بخلاف ما لو لزمه باختياره فينزع الثوب منه ويصلى عاريا ولا إعادة عليه . وبقى أيضا ما لو استعاره لصلاة فرض وأطلق فهل يجب عليه الاقتصار على أقل الفرائض أو يتخير ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى . وبقى أيضا ما لو استعاره ليخطب فيه فهل له فعل ماجرت به العادة الآن من الدعاء للسلطان ونحوه وإن رجع المعير ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه يجب عليه الاقتصار على الأركان فقط حيث رجع المعير (قوله فهى لازمة) أى فى إعارة الثوب ليستتر بها فى الخلوة الخ (قوله من جهة المستعير) أى لا المعير (قوله فيمتنع الرجوع) أى من المعير (قوله ثبوت الأجرة أيضا) أى فى السقى وما بعده (قوله ثم رجع بعد البناء والغراس) بقى مالو رجع قبلهما فليس له فعلهما ، قال فى الروض : فإن فعل عالما أو جاهلا برجوعه قلع مجانا وكلف تسوية الأرض اه . ولا يبعد أن تلزمه الأجرة وهو ظاهر عند العلم بالرجوع اه سم على حج (قوله إن كان المعير شرط القلع مجانا) أى أو سكت عن ذكر مجانا فيلزمه القلع فى الصورتين بلا أرش كما أفهمه قوله واحترز بمجانا عما لو شرط القلع وغرم أرش النقص (قوله وإلا فلا) دخل فيه ما لو اختار المعير القلع وطلبه من المستعير ففعله فلا يلزمه تسوية الحفر لأنه لم يفعله اختيارا (قوله عما لو شرط) أى المعير

(قوله ولا إعادة) يعنى فى صورة الستر (قوله فى الخلوة) أى ومثلها غيرها بالأولى كما هو واضح ، فكان ينبغى ولو فى الخلوة (قوله ولو اختلفا فى وقوع شرط القلع) هذا هو محل الاختلاف أى بأن قال المعير : شرطنا القلع والمستعير

لأن من صدق فى شىء صدق فى صفته، وإن ذهب بعضهم إلى تصديق المستعير لأن الأصل عدم الشرط واحترام ماله (وإلا) بأن لم يشرط عليه القلع (فإن اختار المستعير القلع قلع) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضى بنقصه (ولا تلزمه تسوية الأرض فى الأصح) لأن الإعارة مع علم المعير بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع (قلت : الأصح تلزمه) التسوية (والله أعلم) لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع ردها إلى ما كانت عليه ليرد كما أخذ، وهذا هو مرادهم بالتسوية عند إطلاقها فلا يكلف ترابا آخر لو كان ترابها لا يكفيها، ومحله كما بحثه السبكى وغيره فى حفر حاصله بالقلع، بخلاف ما حصل فى زمن العارية لأجل الغرس والبناء فإنها حدثت بالاستعمال وهذا ظاهر، بل قال الأذرعى : إن كلام الأصحاب مصرح بهذا التفصيل، ولو حفر زائدا على حاجة القلع لزمه الزائد جزما (وإن لم يختر) المستعير القلع (لم يقلع مجانا) لاحترامه إذ هو موضوع بحق (بل للمعير الخيار) لأنه المحسن ولأنه مالك الأرض التى هى الأصل (بين أن يبقيه بأجرة) لمثله. واستشكل مع جهالة المدة فلذا قال الأسنوى : وأقرب ما يمكن سلوكه ما مر فى بيع حق البناء دائما على الأرض بعوض حال بلفظ بيع أو إجارة فينظر لما شغل من الأرض، ثم يقال لو أجر هذا لنحو بناء دائما بحال كم يساوى ؟ فإذا قيل كذا أوجبناه وعليه فالأوجه أن له إبدال ما قلع لأنه بذلك التقدير ملك منفعة الأرض على الدوام لأن المالك لما

(قوله لأن من صدق فى شىء صدق فى صفته) ويمكن أن يفرق بين هذا وبين ما تقدم فيما لو اختلفا فى حصول التلف بالاستعمال حيث صدق المستعير ثم على المعتمد بأن ما ادعاه المعير هنا راجع للعقد وهو لو ادعى عدمه صدق، بخلاف ما تقدم فإن التلف ليس من صفات العقد فرجح جانب المستعير فإن الأصل عدم ضمانه ويؤخذ هذا من قول الشارح لأن من صدق فى شىء الخ (قوله فيلزمه إذا قلع ردها إلى ما كانت عليه) أى بأن يعيد الأجزاء التى انفصلت منها فقط (قوله لو كان ترابها لا يكفيها) أى فلا تلزمه إعادته (قوله لزمه الزائد) أى طمه وأرش نقصه إن نقص (قوله بين أن يبقيه بأجرة) هل يتوقف ذلك على عقد إيجار من إيجاب وقبول أم يكفى مجرد اختيار المعير فتلزمه بمجرد الوجه الجارى على القواعد أنه لابد من عقد إيجار، ثم رأيت الشارح بسط الكلام عليه فى فتوى واستدل من كلامهم بما هو ظاهر فيه. وقد يقال إن عقد فلا كلام وإلا وجبت أجرة المثل اهـ سم على حج. لكن قول الشارح لأنه بذلك التقدير ملك منفعة الأرض قد يخالفه، فإن قوله لأن المالك لما رضى بالأجرة وأخذها كان كأنه أجره ظاهر فى أنه لم يجر بينهما عقد. ويمكن الجواب بأنه لا مخالفة لاختصاص قوله لأن المالك لما رضى الخ بما صور به من جريان عقد بينهما وكتب أيضا بين أن يبقيه بأجرة لو أراد المعير أن يسكن فى بناء المستعير ويدفع له أجرته لم تلزمه موافقته لما فيه من الحجر عليه فى ملكه (قوله وعليه) أى قول الأسنوى وأقرب ما يمكن الخ (قوله فالأوجه أن له إبدال ما قلع) هو ظاهر بناء على ما صور به، وتقدم عن ع فى باب الصلح أن من طرق التبعية

لم نشرطه، وأما قوله بلا أرش أو معه فهو تعميم فى الحكم : أى سواء ذكرا مع ذلك اشتراط الأرش أولا، لكن قوله وإن ذهب بعضهم الخ موهم لأن هذا البعض هو الأذرعى والتعليل له، وفى النسخ بدل قوله خلافا لما بحثه الأذرعى ما نصه : كما بحثه الأذرعى، وهو موافق لما فى التحفة، لكن الموجود فى كلام الأذرعى اختيار تصديق المستعير، وعبارته : ولو اختلفا فى وقوع شرط القلع فالظاهر تصديق المستعير إذ الأصل عدمه واحترام ماله ولم أره نصا انتهت (قوله ولو امتنع منه لم يجبر عليه) لا ينافيه قوله الآتى وإذا اختار ماله اختياره لزم المستعير موافقته، فإن أبى كلف تفريغ الأرض مجانا لتقصيره لأن ذاك فى امتناعه بعد اختيار المعير وهذا فى امتناعه قبل الاختيار (قوله بخلاف ما حصل فى زمن العارية لأجل الغرس الخ) أى فالذى حفره وغرس فيه أو بنى إذا ظهر بعد ذلك

رضى بالأجرة وأخذها كان كأنه آجره الآن إجارة مؤبدة (أو يقلع) أو يهدم البناء وإن وقف مسجدا خلافا لما نقل عن ابن الرفعة أنه يتعين إبقاؤه بالأجرة (ويضمن أرش نقصه) وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما فى الكفاية ، ولا بد من ملاحظة كونه مستحق الأخذ لنقص قيمته حينئذ كما ذكره العمرانى ، والظاهر كما قاله ابن الرفعة أن مؤنة القلع على صاحب البناء ، والغراس كالإجارة حيث يجب فيها ذلك على المستأجر ، أما أجرة نقل النقض فعلى مالكه قطعا ، ولو أراد تملك البعض وإبقاء البعض بالأجرة أو القلع بالأرش وإبقاء البعض فالأوجه كما بحثه الزركشى عدم إجابته لكثرة الضرر على المستعير ، إذ ما جاز فيه التخيير لا يجوز تبعيضه كالكفارة (قيل أو يتملكه) بعقد مشتمل على إيجاب وقبول ولا يلحق بالشفيع كما قال الأسنوى إنه يؤخذ من كلام الرافعى (بقيمته) حال التملك مستحق القلع وهو الأصح كنظائره من الشفعة وغيرها ، ومن ثم قيل إنهما جزما به فى مواضع ، وجرى عليه جمع متأخرون ، ولم يعتمدوا ما فى الروضة هنا من تخصيص التخيير بالتملك والقلع ولا ما فى الكتاب فالمعتمد تخييره بين الأمور الثلاثة ، بل نقل بعضهم الاتفاق على ذلك . قال الرافعى فى باب الهبة فى رجوع الأب فى هبته : إنه يتخير بين الأمور الثلاثة كالعارية ، وأيضا فيستفاد اعتماد ذلك من مجموع ما صححه المصنف فى الروضة والكتاب ، وقد يتعين الأول بأن بنى أو غرس شريك بإذن شريكه ثم رجع كما نقلاه عن المتولى وأقراه ، فإن لم يرض بها أعرض عنها كما يأتى خلافا لابن الصلاح ، ومحل التخيير بين الثلاثة إذا لم يوقف وإلا تخير بين الأولين وامتنع الثالث . وإذا لم توقف الأرض ، فإن وقفت لم يقلع بالأرش إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ولم يتملك بالقيمة إلا إذا كان الواقف شرط جواز تحصيل مثلها من ريعه ، وبذلك أفتى ابن الصلاح فى نظيره من الإجارة . وظاهر ما تقرر أن التبقية بالأجرة تأتى فى هذه الحالة حتى على ما مرّ عن الشيخين . وبحث فى الإسعاد أن المعير

بالأجرة أن يتوافقا على تركه كل شهر بكذا ، ويغتفر ذلك للحاجة كالخراج المضروب على الأرض ، وعليه فلو قلع غراسه أو سقط بناؤه ليس له إعادته لأنه لا يستحق المنفعة وإنما يجبره عليه أجرة ما استوفاه ، وكتب أيضا لطف الله به قوله فالأوجه أن له إبدال ما قلع : أى ولو من غير الجنس حيث لم يزد ضرره عن الأول (قوله كأنه آجره الآن) أى أوقع فى الزمن الحاضر إجارة الخ (قوله وإن وقف مسجدا) أى وينبغى إن بنى بأنقاضه مسجدا آخر إن أمكن على ما يأتى نظيره فى الوقف فيما لو انهدم مسجد وتعذرت إعادته (قوله مستحق الأخذ) أى القلع (قوله ولو أراد) أى المعير (قوله وإبقاء البعض) أى بأجرة ، وقضية قوله إذ ما جاز فيه التخيير الخ امتناع تملك البعض وقلع البعض مع أرش نقصه ، ويمكن شمول قوله وإبقاء البعض للصورتين (قوله ولا يلحق بالشفيع) أى فى الأخذ قهرا من غير عقد (قوله فالمعتمد تخييره بين الأمور الثلاثة) ع قال البغوى : إذا اشترى شراء فاسدا وبنى أو غرس فالحكم كما هنا اهـ سم على منهج ، وقد تقدم فى الشرح أن حكمه حكم الغصب فيقلع مجانا (قوله إذا لم يوقف) أى البناء أو الغراس (قوله وإلا تخير بين الأولين) وهما التبقية بالأجرة والقلع وغرامة الأرش (قوله من التبقية بالأجرة) وهى من الريع ثم من بيت المال اهـ عباب : أى فإن لم يكن فى بيت المال شىء أو منع متوليه فعلى مياسير المسلمين ، كذا نقل عن شيخنا الشوبرى ، وفيه وقفة بأن مياسير المسلمين إنما يلزمون بالضرورى دون غيره وهذا لا ضرورة إليه (قوله على ما مر) لم يتقدم له شىء عنهما فانظره (قوله وبحث فى الإسعاد أن المعير الخ)

لا تلزمه تسويته ، بخلاف ما اتسع عليه بسبب القلع (قوله كأنه آجره) صريح فى أنه لا يحتاج هنا إلى عقد ، ولعل الفرق بينه وبين ما مر فى البيع أن هناك ابتداء انتفاع فلا يجوز من غير عقد ، بخلاف ما هنا فهو دوام انتفاع كان ابتداؤه بعقد العارية (قوله إذ ما جاز الخ) هو علة ثانية للحكم كما لا يخفى فكان ينبغى فيه العطف (قوله فى هذه الحالة)

لو كان ناظرا لم يتعذر عليه التملك لنفسه ، ثم بعد انتقال الاستحقاق فى الأرض لغيره ممن ليس وارثا له يبقى بأجرة المثل . ويمكن رده بأن التملك بالقيمة إنما هو تبع لملك الأرض ، فحيث انتفى ملكها لوقفيتها امتنع على الناظر التملك وإنما جاز التملك من ريع الوقف لأنه يصير بذلك وقفا تبعا للأرض ، وإذا لم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه وإلا لم يتخير إلا بعد الجذاذ كما فى الزرع لأن له أمدا ينتظر ، قاله القاضى وغيره . قال الأسنوى : لكن المنقول فى نظيره من الإجارة التخيير ، فإن اختار التملك ملك الثمرة أيضا إن كانت غير مؤبرة وأبقاها إلى الجذاذ إن كانت مؤبرة ، وإذا اختار ماله اختياره لزم المستعير موافقته ، فإن أبى كلف تفريغ الأرض مجانا لتقصيره (فإن لم يختر) المستعير شيئا مما ذكر (لم يقلع مجانا) فيمتنع عليه ذلك (إن بذل) بالمعجمة : أى أعطى (المستعير الأجرة) لانتفاء الضرر (وكذا إن لم يبذلها فى الأصح) لتقصير المعير بترك الاختيار مع رضاه بإتلاف منافعه ، والثانى يقلع لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجانا (ثم) عليه (قيل يبيع الحاكم الأرض وما فيها) من بناء وغراس (ويقسم بينهما) ويجوز بيعهما بثمن واحد للضرورة فيوزع الثمن على قيمة الأرض مشغولة بالغراس أو البناء وعلى قيمة ما فيها وحده ، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير كذا جزم به ابن المقرى ، وجزم به صاحب الأنوار والحجازى وقدم المصنف فى الروضة كلام المتولى القائل بالتوزيع كما فى الرهن (والأصح أنه) أى الحاكم (يعرض عنهما حتى يختارا شيئا) أى يختار المعير ماله اختياره ويوافقه عليه المستعير قطعا للنزاع بينهما ، وقوله يختار المحكى عن خطه هنا وعن أصله وأكثر نسخ الشارحين قد ينافيه إسقاط الألف من خطه فى الروضة ، وصحح عليه واستحسنه السبكى وصوّبه الأسنوى لأن اختيار المعير كاف فى فصل الخصومة مع أنه مع حذف الألف يصح الإسناد لأحدهما الشامل للمستعير ، لأنه إذا اختار ماله اختياره كالقلع مجانا تنفصل أيضا . وأيضا فالمعير وإن كان

يتأمل جواز الإعارة من الناظر إذ لا يباح له التبرّع بالمنفعة فلا تجوز إعارته . وقد يقال : يمكن تصويره بما لو كان مالكا للأرض فأعارها ثم وقفها وشرط النظر لنفسه ثم رجع ، أو أن الوقف انحصر فى الناظر فكان له التصرف فيه استحقاقا ونظرا (قوله ويمكن رده) معتمد (قوله وإنما جاز) مستأنف (قوله وإذا لم يكن على الغراس ثمر الخ) عطف على قوله إذا لم يوقف وإلا تخير الخ (قوله كما فى الزرع) قضيته أنه إذا أعار أرضا للزراعة ثم رجع قبل أوان الحصاد يتخير بعد إدراكه ، وهو مخالف لقول المصنف الآتى وإذا أعار أرضا للزراعة فرجع الخ ، فإنه صريح فى عدم التأخير وأنه تجب عليه التبقية بالأجرة ، وقيل له القلع : أى حالا ، وقيل يتملك بالقيمة كذلك اهـ . ففى التشبيه مسامحة . ويمكن أن يقال : أى كما يمتنع القلع حالا فى الزرع (قوله لكن المنقول فى نظيره من الإجارة التخيير) أى فى الحال ، ونقل سم على منهج عن الشارح اعتماده اهـ (قوله وأبقاها إلى الجذاذ) وينبغى وجوب الأجرة كما فى الزرع (قوله أى أعطى) أى التزم ذلك وليس المراد دفعها بالفعل فيما يظهر (قوله ويجوز بيعهما الخ) مستأنف وليس مفرعا على قوله قيل الخ (قوله كما جزم به ابن المقرى) معتمد (قوله تنفصل أيضا)

أى فيما إذا وقفت الأرض ، وقوله مامر عن الشيخين : أى من تخصيص التخيير بالقلع والتملك وإن عزاه هو فيما مر إلى الروضة فقط : أى فمحل منع الإبقاء بالأجرة على ما فى الروضة إذا لم توقف الأرض (قوله وإنما جاز التملك) جواب عما يرد على الردّ المذكور (قوله ثم عليه) يعنى على الأصح وكان الأولى الإظهار (قوله وقدم المصنف فى الروضة كلام المتولى) أى قدم حكايته على حكاية مقابله الذى هو قول البغوى المتقدم هنا (قوله ماله اختياره) يعنى من غير الثلاث المارة كما يعلم مما سيأتى عن التحفة من قولها وأما الثانى الخ ، وبعينه قول الشارح الآتى كما قررناه على ما سيأتى فيه (قوله لأن اختيار المعير كاف فى فصل الخصومة) الظاهر أن هنا سقطا فى نسخ

هو الأصل لكن لايتم الأمر عند اختيار غير الثلاث إلا بموافقة المستعير كما قررناه فصح الإسناد إليهما ، ثم فرّع على الإعراض عنهما حتى يختارا فقال (وللمعير دخولها والانتفاع بها) فى مدة المنازعة لأنها ملكه ، ويؤخذ من التعليل كما فى الخادم أنه لوكان البناء مسطبة امتنع الجلوس عليها وهو واضح ، وله الاستناد إلى بناء المستعير وغراسه والاستظلال بهما وإن منعه كما مرّ فى الصلح ، وتمحل فرق بينهما غير صحيح ، وإطلاق جمع امتناع الإسناد محمول على مايضرّ حالا أو مآلا وإن قل . والأوجه كما فى البحر عدم لزوم الأجرة مدة التوقف لأن الخيرة فى ذلك إليه خلافا للإمام (ولا يدخلها المستعير بغير إذن) من المعير (لتفرج) وغيره من الأغراض التافهة كالأجنبى وهى مولدة قيل لعلها من انفراج الهم : أى انكشافه (ويجوز) دخوله (للسقى والإصلاح) للبناء بغير آلة أجنبية ونحوها كاجتناء الثمر (فى الأصح) صيانة لملكه عن الضياع ، فإن عطل منفعتها بدخوله لم يلزمه أن يمكنه من دخولها إلا بأجرة كما نقله الرافعى عن التتمة وأقرّه . أما إصلاح البناء بآلة أجنبية فلا يمكن منه لأن فيه ضررا بالمعير ، لأنه قد يتعين له التملك أو النقض مع الغرم فيزيد الغرم عليه من غير حاجة إليه بخلاف إصلاحه بآلته ، كما أن سقى الشجر يحدث فيها زيادة عين وقيمة . والثانى لا لأنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهى إلى ملكه ، و قد علم من جواز الدخول لما ذكرناه جوازه لأخذ الثمار بالأولى (ولكل) منهما (بيع ملكه) من صاحبه وغيره ، ويثبت للمشترى من كل ماكان لبائعه أو عليه ، نعم إن كان جاهلا بالحال فله الفسخ (وقيل ليس لمستعير بيعه لثالث) إذ بيعه غير مستقر لأن للمعير تملكه . وردّ بأن غايته أنه كشقص مشفوع ، وقيل ليس للمعير ذلك أيضا للجهل بأمر

أى الخصومة (قوله عدم لزوم الأجرة) أى للبناء والغراس ، وقوله إليه : أى المعير (قوله وهى مولدة) أى ليست فى كلام العرب وإنما الذى فى كلامهم على مايستفاد من المختار الفرجة بفتح الفاء التفصى من الهم (قوله والإصلاح للبناء بغير آلة) لعل المراد بهذا القيد الاحتراز عما يمكن إعادتها بدونه كالجديد من الخشب والآجر ، أما نحو الطين مما لابد منه لإصلاح المنهدم فالظاهر أنه لا يعد أجنبيا (قوله لم يلزمه) أى المعير (قوله إلا بأجرة) أى لدخوله وإلا فتقدم أن على المستعير أجرة الأرض مدة التوقف فتأمل اهـ سم على منهج . لكن الذى تقدم للشارح قريبا أن الأوجه عدم لزوم الأجرة مدة التوقف (قوله كما أن سقى الشجر يحدث فيها زيادة عين) هذا التوجيه يقتضى امتناعه لأنه قد يجرّ إلى ضرر بالمعير كما فى الإصلاح بالآلة الأجنبية ، فكان الأولى توجيه جواز السقى بنحو الاحتياج إليه (قوله وقد علم من جواز الدخول لما ذكرناه الخ) لم يذكر حج قوله وقد علم الخ ، ولعله تركه لأنه عين قوله أوّلا ونحوها كاجتناء الثمرة ، وقد يقال : أراد الشارح بالثمار هنا الثمار الساقطة قبل أوان الجذاذ

الشارح ، وعبارة التحفة بعد ماذكرنصها : ورجح الأذرعى إثباتها لأنه الموافق لتعبير جمع بأنه يقال لهما انصرفا حتى تصطلحا على شىء ، ولأنه قد يختار المعير ما لايجبر عليه المستعير ولا يوافقه كلام الأذرعى اهـ . والوجه صحة كل من التعبيرين ، أما الأول فلأن المعير هو المخير أوّلا فصح إسناد الاختيار إليه وحده ، وقد صرح ابن الرفعة وغيره بأنه إذا عاد وطلب شيئا من الخصال الثلاث أجيب كالابتداء ، وإن اختار شيئا من غير الثلاث ووافقه المستعير انفصل الأمر وإلا استمر الإعراض عنهما مع أنه مع حذف الألف يصح الإسناد لأحدهما الشامل للمستعير ، لأنه إذا اختار ماله اختياره كالقلع مجانا انفصلت الخصومة أيضا . وأما الثانى فلأن المعير وإن كان هو الأصل إلى آخر ما سيأتى فى الشارح إلا قوله كما قررناه فتأمله لتعلم ما فى نسخ الشارح من السقط (قوله لأخذ الثمار بالأولى) وقد مر أيضا

البناء والغراس ، ولو اتفقا على بيع الجميع من ثالث بثمن واحد جاز للضرورة ووزع كما مر (والعارية المؤقتة لبناء أو غراس أو غيرهما (كالمطلقة) فيما مرّ من الأحكام إذا انتهت المدة أو رجع قبل انقضائها إذ التأقيت وعد لايلزم ، وبيان المدة كما يحتمل كونه للقلع يحتمل كونه لمنع الإحداث أولطلب الأجرة (وفى قول له القلع فيها) أى المؤقتة بعد المدة (مجانا إذا رجع) أى انتهت بانتهاء المدة لأن فائدة التأقيت القلع بعد المدة ، وجوابه مامرّ قبيله (وإذا أعار) أرضا (لزراعة) مطلقا (ورجع قبل إدراك الزرع فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد) إن نقص بالقلع قبله لأنه محترم وله أمد ينتظر بخلاف البناء والغراس . ومقابل الأصح وجهان : أحدهما له القلع ويغرم أرش نقصه ، وثانيهما له التملك بالقيمة فى الحال . أما إذا لم ينقص بالقلع وإن لم يعتد قطعه أو اعتيد قلعه لكونه قصيلا فإنه يكلف ذلك كما بحثه ابن الرفعة لانتفاء الضرر (و) الصحيح (أن له الأجرة) أى أجرة مدة الإبقاء من وقت رجوعه إلى حصاده لانقطاع الإباحة به ، فأشبه ما لو أعاره دابة ثم رجع فى أثناء الطريق فإن عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل كما مر . والثانى لا أجرة له لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع (فلو عين) المعير (مدة) للزراعة (ولم يدرك) أى الزرع (فيها لتقصيره) أى المستعير (بتأخير الزراعة) أو بنفسها كأن كان على الأرض نحو ثلج أو سيل ثم زرع بعد زواله مالا يدرك فى بقية المدة أو زرع غير المعين مما يبطىء أكثر منه كما فى نظيره الآتى فى الإجارة نبه عليه الأسنوى (قلع مجانا) لما تقرر من تقصيره ، وعليه أيضا تسوية الأرض ، فإن لم يقصر لم يقلع مجانا كما لو أطلق سواء كان عدم الإدراك لنحو برد أم لقصر المدة المعينة (ولوحمل السيل)أو نحو الهواء (بذرا) بمعجمة : أى ما سيصير مبذورا ولو نواة أو حبة لم يعرض عنها مالكها (إلى أرض) لغير مالكه (فنبت فهو) أى النبات (لصاحب البذر) لأنه عين ماله تحوّل إلى صفة أخرى فلم يزل ملكه عنه ، ويجب رده إليه إن حضر وعلمه ، وإلا فالحاكم لأنه مال ضائع . أما ما أعرض عنه مالكه وهو ممن يعتد بإعراضه لا كمحجور سفه فهو لرب الأرض إن قلنا بزوال ملك مالكه عنه بمجرد الإعراض . واعلم أنه سيعلم مما يأتى قبيل الأضحية جواز أخذ ما يلقى مما يعرض عنه غالبا ، ويؤخذ منه أن ماهنا كذلك يملكه مالك الأرض هنا وإن لم يتحقق إعراض المالك ، وحينئذ فالشرط أن لايعلم عدم إعراضه لا أن يعلم إعراضه وإن أوهم كلامهم هنا خلاف ذلك (والأصح أنه يجبر على قلعه) لانتفاء إذن المالك فيه فصار شبيها بما لو انتشرت أغصان شجرة غيره إلى هواء داره فإن له قطعها ، ولا أجرة لمالك الأرض على مالك البذر لمدته قبل القلع وإن كان كثيرا كما فى المطلب لعدم الفعل منه ومن ثم أجبر على تسوية الحفر الحاصلة بالقلع لأنه من فعله . والثانى لايجبر لأنه غير متعدّ به فهو كالمستعير

وبالثمر فى قوله أوّلا كاجتناء الثمر مايقطع وقت الجذاذ (قوله لكونه قصيلا) أى شتلا (قوله لانقطاع الإباحة به) أى الرجوع (قوله قلع مجانا) أى وإن لم يكن المقلوع قدرا ينتفع به (قوله لنحو برد) كحر أو مطر أو جراد أكل أعلى الزرع ثم نبت من أصله (قوله بمجرد الإعراض) وهو الراجح (قوله فالشرط أن لايعلم عدم إعراضه) قد يقال هذا يشمل ما يشك فيه هل هو مما يعرض عنه غالبا أولا وفى ملكه نظر ، فالوجه أن الشرط علم الإعراض أو علم كون الموجود مما يعرض عنه غالبا مع الشك فى الإعراض اهـ سم على حج (قوله لمدته) أى بقاء البذر (قوله قبل القلع) مفهومه الوجوب لمدة القلع اهـ سم على حج . وينبغى أن يلحق بمدة القلع ما لو تمكن من القلع وأخره أخذا مما مرّ فى وارث المستعير من أنه إذا أخر مع التمكن لزمته الأجرة (قوله لأنه من فعله) مفهومه أنه لو أجبره

(قوله أم لقصر المدة المعينة) ظاهره وإن كان المعير جاهلا بالحال والمستعير عالما به ودلس وفيه بعد (قوله وإلا فللحاكم) يعنى إن لم يعلمه فهو الداخل تحت وإلا فقط كما هو واضح وإن كان خلاف السياق

(ولو ركب دابة) لغيره (وقال لمالكها أعرتنيها . فقال) له (بل أجرتكها) مدة كذا بكذا ، ويجوز كما رجحه السبكي إطلاق الأجرة بناء على الأصح الآتى أن الواجب أجرة المثل (أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك فالمصدّق المالك على المذهب) فى استحقاق الأجرة أو القيمة بتفصيلهما الآتى لافى بقاء العقد لو بقى ، إذ الغالب أنه لا يأذن فى الانتفاع بملكه إلا بمقابل ، فيحلف لكل يمينا تجمع نفيا وإثباتا أنه ما أعاره بل أجره واستحق أجرة المثل إن وقع الاختلاف مع بقائها وبعد مضى مدة لها أجرة ، فإن وقع قبل مضىّ تلك المدة صدّق مدعى العارية بيمينه جزما لأنه لم يتلف شيئا حتى يجعل مدعيا لسقوط بدله أو بعد تلفها ، فإن لم تمض مدة لها أجرة فذو اليد مقر بالقيمة لمنكرها ، وإلا فهو مدع للمسمى وذو اليد مقرّ له بأجرة المثل والقيمة ، فإن لم يزد المسمى عليهما أخذه بلا يمين وإلا حلف للزائد . والثانى يصدّق الراكب والزارع لأن المالك وافقهما على إباحة المنفعة لهما ، والأصل براءة ذمّتهما من الأجرة التى يدعيها.والثالث يصدّق المالك فى الأرض دون الدابة لأن الدابة تكثر فيها الإعارة بخلاف الأرض(وكذا)يصدّق المالك فيما (لو قال) الراكب أو الزارع (أعرتنى وقال المالك (غصبته منى) وقد مضت مدة لمثلها أجرة والعين باقية لأن الأصل عدم الإذن فيحلف ويستحق أجرة المثل . والثانى أن القول قول المستعير لأن الظاهر أن تصرفه بحق (فإن تلفت العين) قبل ردها تلفا تضمن به العارية (فقد اتفقا على الضمان) لها لضمان كل من المعار والمغصوب (لكن) هى للاستدراك ووجهه خلافا لمن زعم أنه لاوجه له أن قوله اتفقا على الضمان يقتضى مساواة ضمان العارية لضمان الغصب الذى سيذكره ، وما قبله من ذكر الاختلاف يقتضى تخالفهما وأنه متفق عليه ، فبين تخالفهما بذكر ماتضمن به العارية هنا المخالف لما سيذكره فى الغصب وما فيها من الخلاف المشتمل على بيان اتحادهما على وجه (الأصح أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف) متقوّمة كانت أو مثلية كما هو ظاهر كلامهم . وجرى عليه الأسنوى وغيره وجزم به فى الأنوار وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ؛ فقد قال الرويانى فى البحر : لايضمنه بالمثل بلا خلاف ، فالمذهب أنه يضمن بالقيمة وإن كان مثليا . قلت : ويمكن توجيهه بأن رد عين مثلها مع استعمال جزء منها متعذر فصار بمنزلة نقد المثل فيرجع للقيمة و (لا) تضمن العارية (بأقصى القيم ولا بيوم القبض) خلافا لمقابل الأصح ، ولو أعاره شيئا على أن يضمنه إذا تلف بأكثر من قيمته فإجارة فاسدة كما فى التهذيب ، وإن ذهب بعضهم إلى أن الأقيس أنها إعارة فاسدة أو بشرط أنها أمانة أو ضمانها بقدر معين فسد الشرط والعارية فيما يظهر خلافا لمن ذهب إلى فساده فقط (فإن كان مايدعيه المالك) بالغصب (أكثر)

المالك أو الحاكم لايلزمه ما ذكر اهـ سم على منهج . أقول : ويوجه ما ذكره بأنه لم يحصل منه فى الأصل تعدّ ، ثم رأيت الأذرعى فى قوله صرّح بالمفهوم المذكور (قوله لا فى بقاء العقد) لو بقى بعض المدة اهـ حج (قوله إن وقع الاختلاف مع بقائها) أى العين (قوله فإن تلفت العين قبل ردها تلفا) أى بأن كان التلف بعد الاستعمال المأذون فيه (قوله فسد الشرط والعارية) أى فتكون مضمونة بقيمتها إن تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه ، والفرق بين هذه وما لو شرط أن تضمن بأكثر من قيمتها على مامر له أنه كأنه جعل الزائد على قيمتها فى مقابلة

(قوله فيحلف لكل) أى لكل من المدعيين فى مسئلتى الدابة والأرض (قوله أو بعد تلفها فإن لم تمض مدة الخ) فى بعض النسخ هنا تغيير وموافقة لما فى التحفة وفيه بعض خلل (قوله وذو اليد مقرّ له بأجرة المثل والقيمة) لعل الصواب إسقاط لفظ بأجرة المثل ولم أره فى كلام غيره (قوله مع استعمال جزء منها) أى من العين المغرومة (قوله فسد الشرط والعارية فيما يظهر) تقدم له استيجاهه أيضا فى صورة الأمانة مخالفا فيها للأسنوى .

من قيمة يوم التلف (حلف للزيادة) أنه يستحقها . وأما مساويها وما دونه فيأخذه من غير يمين لاتفاقهما عليه نظير مامرّ . وذكر فى الروضة أنه لو قال المالك غصبتنى وذو اليد أودعتنى حلف المالك على نفى الإيداع لأنه يدعى عليه الإذن والأصل عدمه وأخذ القيمه إن تلف والأجرة إن مضت مدة لمثلها أجرة ، ومحله حيث لا استعمال من ذى اليد وإلا فالمصدّق المالك من غير يمين . ولا يخالف ما تقرر ما مرّ فى الإقرار من أنه لو أقرّ بألف ثم فسرها بالوديعة قبل : أى سواء أقال أخذتها منه أم دفعها إلىّ ولم ينظر لدعوى المقر له الغصب لأن الفرق بينهما كون الألف لم تثبت ثم إلا بإقراره فيصدّق فى صفة ثبوتها . ويؤيده قولهم من كان القول قوله فى أصل الإذن كان القول قوله فى صفته ، ولأنه لا أصل هنا يخالف دعواه الوديعة ، بخلافه فيما نحن فيه فإنه لما علم أن يده على العين اقتضى ذلك ضمانه إذ هو الأصل فى الاستيلاء على مال الغير فدعواه الإذن يخالف أصل الضمان الناشئ عن الاستيلاء والأصل عدم الإذن فيصدق المالك . وبما تقرر ظهر ضعف قول البغوى لو دفع لغيره ألفا فهلك فادعى الدافع القرض والمدفوع له الوديعة صدق المدفوع له ، وقد أفتى الوالد رحمه الله تعالى بتصديق المالك ، ويؤيده قول الأنوار عن منهاج القضاة : لو قال بعد تلفه دفعته قرضا وقال الآخر بل وكالة صدّق الدافع .

المنافع فكانت إجارة فاسدة ، وما هنا لم يجعل فى مقابلة المنافع شيئا لكن شرط شرطا فاسدا فأفسدها . ويؤخذ مما ذكر أن الكلام فيما لو شرط ضمانها بقدر معين دون قيمتها ، فإن كان أكثر كان كما لو شرط ضمانها بأكثر من قيمتها فتكون أمانة (قوله حلف للزيادة) وينبغى أن يحلف للأجرة التى يستحقها فى مدة وضع يده عليه (قوله وإلا فالمصدق المالك من غير يمين) أى لأنها بتقدير كونها وديعة صارت بالاستعمال كالمغصوبة (قوله فادعى الدافع القرض الخ) ومثل ذلك ما لو ادعى الآخذ الهبة والدافع القرض فيصدق الدافع فى ذلك ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون للدافع به إلمام لكونه خادمه مثلا أم لا (قوله بتصديق المالك) ومثله وارثه (قوله وقال الآخر بل وكالة صدق الدافع) وعلى قياسه لو ادّعى الدافع أو وارثه البيع والآخذ الوكالة أو القراض أو الشركة أو نحوها مما لا يقتضى الضمان صدق الدافع لكن بالنسبة للزوم البدل الشرعى ، ولو اختلفا فى قدر البدل صدق الغارم لإبقاء العقد .

كتاب الغصب

(هو) لغة : أخذ الشيء ظلما ، وقيل بشرط المجاهرة . وشرعا (الاستيلاء) ومداره على العرف كما يظهر بالأمثلة الآتية ، فليس منه منع المالك من سقى زرعه أو ماشيته حتى تلف فلا ضمان لانتفاء الاستيلاء سواء أقصد منعه عنه أم لا على الأصح ، وفارق هذا هلاك ولد شاة ذبحها بأنه ثم أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه هنا ، وبهذا الفرق يتأيد ما يأتى عن ابن الصلاح وغيره قبيل والأصح أن السمن ويأتى قبيل قول المصنف : فإن أراد قوم سقى أرضهم فيمن عطل شرب ماء الغير مايؤيد ذلك (على حق الغير) ولو كلبا وخمرا محترمين ،

كتاب الغصب

(قوله ومداره) أى الاستيلاء (قوله فليس منه منع المالك) أى أوغيره منعا خاصا كمنع المالك وأتباعه مثلا ، أما المنع العام كأن منع جميع الناس عن سقيها فيضمن بذلك ، ونقل عن شيخنا الشبشيرى بالدرس ما يوافقه (قوله من سقى زرعه) أى كأن حبسه مثلا فيترتب عليه عدم السقى فلا ينافى قوله بعد سواء أقصد منعه أم لا (قوله بأنه ثم) أى فى الشاة (قوله ما يأتى عن ابن الصلاح) لم يذكر فى ذلك الموضع عن ابن الصلاح شيئا ، وفى حج ثم مانصه : وأفتى أيضا : أى ابن الصلاح بضمان شريك غور ماء عين ملك له ولشركائه فيبس ما كان يسقى بها من الشجر ونحوه أفتى الفقيه إسماعيل الحضرمى ونظر فيه بعضهم وكأنه نظر لقولهم لو أخذ ثيابه مثلا فهلك بردا لم يضمنه وإن علم أن ذلك مهلك له ، ومر أول الباب مايرده : أى النظر فتأمله اه . وأما قول الشارح ويأتى قبيل قول المصنف فإن أراد قوم الخ لعله أراد به قوله ثم والأوجه أن من لأرضه شرب من ماء مباح فعطله آخر بأن أحدث مايحدر به الماء عنه تأثيم فاعله ولا تلزمه أجرة منفعة الأرض مدة تعطيلها لو سقيت بذلك الماء أخذا مما مر فى المساقاة اه إلا أنه يتأمل حينئذ كون هذا مؤيدا للفرق ، فإن المتبادر منه رده لا تأييده . إلا أن يقال : وجه التأييد أنه يجعل علة عدم الضمان فيما يأتى أن سقى الأرض لم يتعين له ذلك الماء بل يمكن السقى بغيره ، بخلاف الشاة فإنه ليس ثم مايصلح لغذاء ولد الشاة سوى لبن أمه أو أن مايأتى عن ابن الصلاح مؤيد لضمان ولد الشاة وما بعده مؤيد لعدم ضمان الزرع ، والأولى أن يقال : إن وجه تأييد ماهنا لما يأتى عن ابن الصلاح أن لبن الشاة من حيث نسبته إليها متعين لولدها ، وكذلك العين التى أعدت بخصوصها لسقى زرع فإنها معدة بحسب القصد ممن هيأها لذلك الزرع . وعليه فيتعين فرض ماذكره من عدم الضمان هنا فى مسئلة الزرع فيما إذا لم يكن الماء معدا له كماء الأمطار والسيول ونحوهما (قوله ولو كلبا) أى نافعا ، وخرج به العقور : أى وكذا مالا نفع فيه ولا ضرر كالفواسق

كتاب الغصب

(قوله وفارق هذا هلاك ولد شاة الخ) قضية السياق أن هذا يسمى غصبا والظاهر أنه غير مراد ، وسيعيد المسئلتين مع فرق آخر أظهر من هذا (قوله يتأيد ما يأتى عن ابن الصلاح الخ) هو تابع فى هذا لما فى التحفة ، لكنه أغفل مافى التحفة فى المحل الذى أحال عليه عن ابن الصلاح وهو ضمان شريك غور ماء عين ملك له ولشركائه فيبس ما كان يسقى بها من الشجر ، وقوله قبيل قول المصنف فإن أراد قوم الخ أى فى باب إحياء الموات

وشمل الاختصاصات كحق متحجر ومن قعد بنحو مسجد أو شارع لايزعج عنه وجعل المصنف فى دقائقه حبة البرّ غير مال مراده به غير متموّل لما قدمه فى الإقرار أنها مال، وعبر عنه أصله بالمال إذ هو المترتب عليه الضمان الآتى ، وعدل عنه إلى أعم منه ليكون التعريف جامعا لأفراد الغصب المحرّم الواجب فيه الردّ ، وأما الضمان فسيصرح بانتفائه عن غير المال بقوله ولا يضمن الخمر ، فما صنعه هنا أحسن من أصله وإن عكسه بعضهم (عدوانا) أى على وجه الظلم والتعدى فخرج به نحو مأخوذ بسوم وعارية وما كان أمانة شرعية كثوب طيرته الريح إلى داره أو حجره ، ولا يرد على ذلك ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله حيث ضمنه ضمان الغصب لأن الثابت فى هذه الصورة حكم الغصب لا حقيقته ، قاله الرافعى نظرا إلى أن المتبادر والغالب من الغصب مايقتضى الإثم ، واستحسن تعبيره فى الروضة بغير حق لشمولها هذه الصورة واقتضائها أن الثابت فيها حقيقة الغصب نظرا إلى أن حقيقته صادقة مع انتفاء التعدى، إذ القصد بالحد ضبط جميع صور الغصب التى فيها إثم والتى لا إثم فيها ، وما استحسنه الرافعى من زيادة قهرا لإخراج السرقة وغيرها ومن زيادة لا على وجه اختلاس أو نحوه ردّ بخروج الثلاثة بالاستيلاء، فإنه ينبئ عن القهر والغلبة ، والتنظير فيه بادعاء أن السرقة نوع من الغصب أفرد بحكم خاص فيه نظر، وصنيعهم

الخمس فلا بد عليها ولايجب ردّها بر اه سم على منهج . وهو ظاهر لكن قد يشكل عليه قولهم فى الإقرار ولو قال له عندى شىء قبل تفسيره بنجس لايقتنى ، بخلاف ما لو قال علىّ فإنه ظاهر فى ثبوت اليد عليه وأنه تسوغ المطالبة به . وأجيب ثم بأن قبول التفسير به إنما هو لصدق الشىء عليه ووصفه بكونه عنده لايستدعى أن له عليه يدا (قوله وشمل) أى التعريف أو ألحق الاختصاصات : أى فيكون غصبها كبيرة فيما يظهر أخذا مما يأتى فى حبة البرّ بل أولى لأن النفع بها أكثر من النفع بحبة البرّ ، وقوله صلى الله عليه وسلم وأموالكم جرى على الغالب (قوله ومن قعد) أى وشمل من الخ (قوله لايزعج عنه) أى قعود لايزعج عنه (قوله مراده به غير متموّل) بفتح الواو أخذا من قول المصباح تموّل اتخذ مالا وموّله غيره . قال الأزهرى : تموّل مالا اتخذه قنية ، فقول الفقهاء مايتموّل مايعد مالا فى العرف والمال عند أهل البادية النعم اه . فإنه صريح فى أن ما كان صفة للمال اسم مفعول وما كان صفة للفاعل اسم فاعل (قوله وعبر عنه) أى الحق (قوله والتعدى) عطف تفسير (قوله أو حجره) أى بخلاف مالو طيرته إلى محل قريب منه وليس له عليه يد كالمسجد(قوله فإنه ينبئ عن القهر) فى إخراجه للانتهاء نظر، فإن الآخذ فيه يعدّ مستوليا بالقهر والغلبة بل قد يتوقف فى إخراجه للجميع ، سيما وقد جعل الشارح الاستيلاء شاملا لما قبضه لسوم أو أمانة كثوب طيرته الريح إلى دار أو حجره (قوله والتنظير فيه) أى فى إخراج السرقة ونحوها

(قوله وشمل الاختصاصات) لعل لفظ شمل محرف عن لفظ سائر من الكتبة ، وعبارة التحفة : وسائر الحقوق والاختصاصات كحق متحجر (قوله ومن قعد بنحو مسجد) أى وكحق من قعد بنحو مسجد ، وعبارة التحفة : وكإقامة من قعد بسوق أو مسجد لايزعج منه والجلوس محله انتهت . وقوله لايزعج منه وصف لمسجد أو شارع : أى بأن كان جلوسه بحق (قوله نظرا إلى المتبادر والغالب) صريح فى أن هناك صورا من الغصب الحقيقى لا إثم فيها ، وهو قد ينافى مامر ، بل قد تدخل الصورة المذكورة بادعاء أنها من غير الغالب (قوله وما استحسنه الرافعى الخ) عبارة التحفة : واستحسن الرافعى زيادة قهرا ليخرج السرقة ، وغيره زيادة لا على وجه اختلاس أو انتهاب وردّ بأن الثلاثة الخ (قوله والتنظير فيه) أى فى الرد المذكور

بإفرادها بباب مستقل وجعلها من مباحث الجنايات قاض بخلافه ، وقد أفاد الوالد رحمه الله تعالى أن الذى يتحصل من كلام الأصحاب فى تعريف الغصب أنه حقيقة وإثما وضمانا الاستيلاء على مال الغير عدوانا . وضمانا الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وإثما الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، ولو أخذ مال غيره بالحياء كان له حكم الغصب ، فقد قال الغزالى : من طلب من غيره مالا فى الملا فدفعه إليه لباعث الحياء فقط لم يملكه ولا يحل له التصرف فيه والأصل فى الباب الكتاب والسنة وإجماع الأمة وهو كبيرة ، قالا نقلا عن الهروى إن بلغ نصابا . لكن نقل ابن عبد السلام الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة ، وتوقف فيه الأذرعى . ويوافقه إطلاق الماوردى الإجماع على أن فعله مع الاستحلال مما لا يخفى عليه كفر ومع عدمه فسق . ولعل هذا التفصيل إنما هو من جهة حكاية الإجماع عليه . وإلا فصريح مذهبنا أن استحلال ما تحريمه ضرورى كفر ومالا فلا وإن فعله فتفطن له (فلو ركب دابة) لغيره من غير إذنه وإن كان مالكها حاضرا وسيرها ، بخلاف ما لو وضع عليها متاعا من غير إذنه بحضوره فسيرها المالك فإنه يضمن المتاع ولا يضمن مالكه الدابة إذ لا استيلاء منه عليها (أو جلس) أو تحامل

(قوله قاض بخلافه) أى لكنه يقتضى تخلف أحكام الغصب عنها كالضمان بأقصى القيم والأجرة وهو خلاف الواقع (قوله بغير حق) أى حيث ظنه ماله (قوله وإنما الاستيلاء الخ) زاد فى العباب ولا إثما ولا ضمانا اه . وصورته أن يستولى على اختصاص غيره يظنه اختصاصه ، وقوله أيضا أو تحامل برجله زاد حج : أى وإن اعتمد معها على الرجل الأخرى فيما يظهر (قوله كان له حكم الغصب) أى وإن لم يحصل طلب من الآخذ فالمدار على مجرد العلم بأن صاحب المال دفعه حياء لا مروءة أو رغبة فى خير ، ومنه مالو جلس عند قوم يأكلون مثلا وسألوه فى أن يأكل معهم وعلم أن ذلك لمجرد حيائهم من جلوسه عندهم (قوله وهو كبيرة) إطلاقه شامل للمال وإن قل وللاختصاصات وما لو أقام إنسانا من نحو مسجد أو سوق فيكون كبيرة وهو ظاهر جلىّ ، بل هو أولى من غصب نحو حبة البر لأن المنفعة به أكثر والإيذاء الحاصل بذلك أشد (قوله ومع عدمه) أى الاستحلال (قوله ولعل هذا التفصيل) أى ولعل نسبة هذا التفصيل للماوردى الخ ، وإلا فصريح المذهب يفيد ذلك ولا حاجة لعزوه للماوردى (قوله وإن فعله) أى وعلم بحرمته (قوله من غير إذنه بحضوره) أى أو ساقها أو أشار إليها بحشيش مثلا فى يده فتبعته (قوله أو تحامل برجله) ومنه مايقع كثيرا من المشى على مايفرش فى صحن الجامع الأزهر من الفراوى والثياب ونحوهما

(قوله أن الذى يتحصل من كلام الأصحاب فى تعريف الغصب أنه حقيقة وإثما وضمانا الخ) لا يخفى ما فى هذا العطف وعبارة العباب : وحقيقته ضمانا وإثما الاستيلاء على مال غيره عدوانا ، وضمانا فقط الاستيلاء بلا تعد كلبس مودع غلطا وإثما فقط الاستيلاء على محترم ولا مالية له عدوانا انتهت . فجعل الكل حقائق للغصب لكن باعتبارات وزاد الشهاب سم عليه : وحقيقة لا ضمانا ولا إثما بل وجوب ردّ فقط الاستيلاء بلا تعد على محترم غير مال كأخذ سرجين الغير يظنه له ، قال : وبقى حقيقته الأعم من الضمان والإثم والردّ وهو الاستيلاء على محترم الغير بغير حق مطلقا اه . وهذا الأخير قد يشمل الاستيلاء على زوجة الغير والظاهر أنه غير مراد (قوله وضمانا الاستيلاء على مال الغير بغير حق) صريح السياق كما لا يخفى أن حقيقة الضمان غير موجودة فيه ، وفيه نظر من جهة المعنى ومن جهة أن المقسم الغصب فتأمل ، وكذا يقال فى الذى بعده (قوله وسيرها) أى المالك فهو مدخول الغاية (قوله بخلاف مالو وضع عليها متاعا الخ) لعل صورته أنه وضعه ليقضى حاجة مثلا ثم يأخذه ، إذ يبعد أن مالك الدابة لو كان قاصدا نحو دار صاحب المتاع فوضع المتاع على الدابة ودلت الحال على إذنه له فى إيصاله إلى محله أنه يضمن فليراجع .

برجله كما قاله البغوى (على فراش) لم تدل قرينة الحال على إباحة الجلوس مطلقا أو لناس مخصوصين كفرش مساطب التجار لمن له عندهم حاجة فغاصب وإن لم ينقله إذ غاية الاستيلاء حاصلة بذلك ، وهى الانتفاع به متعديا وسواء أقصد الاستيلاء أم لا كما فى الروضة وإن نظر فيه السبكى ؛ وصوب الزركشى قول الكافى من لم يقصده لايكون غاصبا ولا ضامنا ، وأفهم كلام المصنف اعتبار النقل فى كل منقول سوى الأمرين المذكورين ، وهو كذلك وإن ذهب جمع إلى أنه لو رفع منقولا ككتاب من بين يدى مالك لينظره ويرده حالا من غير قصد استيلاء عليه لم يضمنه . اللهم إلا أن يحمل كلامهم على ما إذا دلت قرينة على رضا مالكه بأخذه للنظر فيه ، ولا دليل لهم فيما يأتى فى الدخول للتفرج ، لأن الأخذ والرفع استيلاء حقيقى فلم يحتج معه إلى قصد ، ولا كذلك مجرد الدخول ومحل اشتراط نقل المنقول فى الاستيلاء عليه فى منقول ليس بيده ، فإن كان بيده كوديعة

وينبغى أن محل الضمان مالم تعم الفراوى ونحوها المسجد بأن كان صغيرا أو كثرت وإلا فلا ضمان ولا حرمة لتعدّى الواضع بذلك (قوله على فراش) قال سم على حج : لو جلس عليه ثم انتقل عنه ثم جلس آخر عليه فكل منهما غاصب ، ولا يزول الغصب عن الأول بانتقاله عنه لأن الغاصب إنما يبرأ بالرد للمالك أو لمن يقوم مقامه ، فلو تلف فينبغى أن يقال إن تلف فى يد الثانى فقرار الضمان عليه أو بعد انتقاله أيضا عنه فعلى كل القرار ، لكن هل للكل أو للنصف ؟ فيه نظر ، ويظهر الأول ؛ ولو نقل الدابة ومالكها راكب عليها بأن أخذ برأسها وسيرها مع ذلك فيحتمل أن يكون غاصبا لأنه يعد مستوليا عليه مع استقلال مالكها بالركوب ، بدليل أنهما لو تنازعا أو أتلفت حكم بها للراكب واختص به الضمان اهـ . أقول : ولعل المراد بقوله فعلى كل القرار أن من غرم منهما لا يرجع على صاحبه لأن المالك يأخذ من كل منهما بدل المغصوب . لا يقال : بل معناه أن من غرم منهما يرجع على صاحبه بالنصف . لأنا نقول : هذا عين الاحتمال الثانى ، ولأن معناه أن المالك يطالب كلا بالنصف لما مر أن كلا طريق فى الضمان هذا . وبقى فى المقام احتمال آخر . وهو أن قرار الضمان على الثانى وحده لأن يده أزالت يد الأول الحسية ولم يوجد بعد ما يزيلها فهى مستصحبة وإن انتقل عنه هذا . وقد يقال : الأقرب الثانى لدخولها فى ضمان كل منهما وتساويهما فى كونها تلفت لا فى يد واحد منهما . وقال سم فى قولة أخرى : الظاهر أن الفراش مثال ، وعليه فيؤخذ من ذلك مع ماذكره عن البغوى أن من تحامل برجله على خشبة كان غاصبا لها وقد يفرق اهـ ، وقول سم فى القولة الأولى فيحتمل أن لايكون غاصبا الخ ، ويصرح بعدم الضمان ماتقدم فى الشارح عن أبى حامد بعد قول المصنف فى العارية : والأصح أنه لايضمن ماينمحق الخ من أنه لو سخر رجلا ودابته فتلفت الدابة فى يد صاحبها لم يضمنها المسخر لأنها فى يد صاحبها ، وقوله أيضا فى القولة الأخرى : وقد يفرق : أى بأن الفراش لما كان معدّا للانتفاع بالجلوس عليه كان الجلوس ونحوه انتفاعا من الوجه الذى قصد منه فعدّ ذلك استيلاء ، بخلاف الخشبة ونحوها فألحقت بباقى المنقولات ويدل للفرق عموم قول الشارح ، وأفهم كلام المصنف اعتبار النقل الخ ، وقوله أيضا لو جلس عليه ثم انتقل الخ ينبغي أن يأتى مثل ذلك فيما لو تعاقب اثنان على دابة ثم تلفت (قوله وسواء أقصد الخ) معتمد (قوله فى كل منقول) وهو كذلك حيث لم يكن تابعا كما يأتى (قوله سوى الأمرين المذكورين) أى وسوى ما يأتى فى قوله وشمل كلامه ما فى الدار من الأمتعة ، والأمران المذكوران هما قول المصنف فلو ركب دابة ، وقوله أو جلس على فراش (قوله ومحل اشتراط نقل المنقول الخ) عبارة العباب ونقل المنقول كالبيع . وقضيتها أن مجرد رفع المنقول الثقيل وإن وضعه مكانه لايكون غصبا ، بخلاف الخفيف الذى يتناول باليد اهـ سم على حج . وقضيته أيضا أن النقل إلى موضع يختص به المالك لايكون غصبا ، لكن مر فى باب المبيع قبل قبضه أن عدم صحة القبض بذلك إنما هو فى عدم جواز التصرف لا فى

أو غيرها فنفس إنكاره غصب لا يتوقف على نقل كما قاله الأصحاب. وأفهم اشتراط النقل أنه لو أخذ بيد قن ولم يسيره لم يضمنه ، وقول البغوى إنه لو بعث عبد غيره فى حاجة له بغير إذن سيده لم يضمنه مالم يكن أعجميا أو غير مميز ضعيف فقد رجح خلافه فى الأنوار. ونقل عن تعليق البغوى آخر العارية ضمانه، وصرح كثير بأنه لو أخذ بيد قن غيره وخوفه بسبب تهمة ولم ينقله من مكانه إلى آخر أو نقله لا بقصد الاستيلاء عليه : أى بناء على خلاف مامر عن الروضة لم يضمنه ، وكذا إن انتقل هو من محله باختياره أو ضرب ظالم قن غيره فأبق لأن الضرب ليس باستيلاء . نعم إن لم يهتد إلى دار سيده ضمنه ، ولو زلق داخل حمام مثلا فوقع على متاع لغيره فكسره ضمنه ، ولا يضمن صاحبه الزالق إلا إن وضعه بالممر بحيث لا يراه الداخل ، ولو دفع قنه إلى من يعلمه حرفة كان أمانة وإن استعمله فى مصالح تلك الحرفة بخلاف استعماله فى غير ذلك، وأفهم أيضا عدم الفرق بين حضور المالك وغيبته ، لكن نقلا عن المتولى أن محل ضمان الجميع حيث كان غائبا ، فإن حضر اشترط أن يزعجه أو يمنعه التصرف فيه وإلا بأن جلس أو ركب معه لم يضمن سوى النصف ، ولو كان المالك ضعيفا أخذا مما يأتى فى نظيره من العقار ، وقول الأذرعى : إنما يكون قياس ذلك إن استولى على نصف البساط بجلوسه ، فإن استولى على ثلاثة أرباعه بجلوسه وقماشه والمالك على ربعه ضمن ثلاثة أرباعه مردود بأن قياس ذلك أن الضمان نصفان مطلقا لكون يدهما

عدم الضمان، وقياسه هنا أن يكون ضامنا فى المسئلتين لحصول الاستيلاء ، وعبارة الشارح ثم بالنسبة للثانية وقوله لم يكف محله بالنسبة إلى التصرف . أما بالنسبة إلى حصول الضمان فإنه يكون كافيا لاستيلائه عليه اهـ . ويؤخذ مما يأتى فى رفع السجادة أنه لو رفع طرف المنقول بيده عن الأرض ولم ينفصل لايكون غاصبا له ولا ضامنا ، وفى العباب : فرع : لو دخل على حداد يطرق الحديد فطارت شرارة أحرقت ثوبه لم يضمنه الحداد وإن دخل بإذنه اهـ . أقول : وكذا لاضمان عليه لو طارت شرارة من الدكان أحرقت شيئا حيث أوقد الكور على العادة ، وهذا بخلاف مالو جلس بالشارع نفسه أو أوقد لاعلى العادة وتولد منه ذلك فإنه يضمن لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة . وفى العباب أيضا : فرع : من ضل نعله فى مسجد ووجد غيرها لم يجز له لبسها وإن كانت لمن أخذ نعله اهـ . وله فى هذه الحالة بيعها وأخذ قدر قيمة نعله من ثمنها إن علم أنها لمن أخذ نعله، وإلا فهى لقطة . وفى العباب : فرع : من أخذ إنسانا ظنه عبدا حسبة فقال أنا حر وهو عبد فتركه فأبق ضمن اهـ (قوله أو غيرها) أى من سائر الأمانات (قوله فنفس إنكاره غصب) ينبغى أن محل ذلك ما لم تدل قرينة على أن إنكاره لغرض المالك كأن خاف عليه من ظالم ينتزعه منه (قوله لو أخذ بيد قن ولم يسيره الخ) وقياسه أنه لو أخذ بزمام دابة أو برأسها ولم يسيرها لم يكن غاصبا (قوله نعم إن لم يهتد إلى دار سيده ضمنه) انظر ما وجه الضمان حيث لم يكن غاصبا ، وقد يقال لما ترتب عدم رجوعه على فعله كان ضامنا كما لو فتح قفصا عن طائر لما يأتى فيه من التوجيه (قوله بحيث لايراه الداخل) أى ووجد له محلا سوى الممر فيهدر المتاع دون الزالق به اهـ حج . وقوله ووجد صوابه وإن وجد له الخ لعذر الزالق بكون المتاع بمحل لم يره الداخل ، وقوله وأفهم : أى كلام المصنف (قوله وإلا بأن جلس الخ) قسيم مافهم من قول المصنف فلو ركب دابة الخ من أن الكلام فيمن ركب أو جلس لا مع صاحب الدابة والفراش (قوله ولو كان) غاية ، وظاهر إطلاقه أنه لافرق فى غير المالك بين أن يكون قويا أو ضعيفا جدا بحيث لاتنسب له يد أصلا مع المالك ، وقياس ما يأتى من أن الضعيف بحيث لاتنسب له يد مع المالك إذا دخل دار غيره والمالك

(قوله وأفهم أيضا) يعنى المتن (قوله أن محل ضمان الجميع) أى جميع المغصوب (قوله بأن جلس أو ركب معه)

معا على الفراش . ألا ترى أنهم لم يفرقوا فى كونه غاصبا فى الصورة الآتية بين كونه مستوليا على نصفها أولا ، ولو رفع شيئا برجله بالأرض لينظر جنسه ثم تركه فضاع لم يضمنه ، قاله المتولى . وقول بعضهم إن نظيره رفع سجادة برجله ليصلى مكانها محمول على رفع لم ينفصل به المرفوع عن الأرض على رجله وإلا ضمنه كما لايخفى ، إذ الأخذ بالرجل كاليد فى حصول الاستيلاء ؛ ولو أخذ شيئا لغيره من غاصب أو سبع حسبة ليرده على مالكه تلف فى يده قبل إمكان رده لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كحربى وقن المالك وإلا ضمن وإن كان معرضا للتلف خلافا للسبكى . وإطلاق الماوردى وابن كج الضمان محمول على هذا التفصيل ، ولا ينافيه عدم ضمان المحرم صيدا ليداويه ، إذ هو حق له تعالى فسومح فيه ؛ ولو غصب حيوانا فتبعه ولده الذى من شأنه أن يتبعه أو هادى الغنم فتبعه الغنم لم يضمن التابع فى الأصح لانتفاء استيلائه عليه ؛ وكذا لو غصب أم النحل فتبعها النحل لايضمنه إلا إن استولى عليه خلافا لابن الرفعة (ولو دخل داره) أى دار غيره (وأزعجه عنها) أى أخرجه منها فغاصب ولو لم يقصد استيلاء لأن وجوده مغن عن قصده ، وسواء فى ذلك أكان بأهله على هيئة من يقصد السكنى أم لا ، فما فى الروضة تصوير لا قيد (أو أزعجه) أى أخرجه عنها (وقهره على الدار) أى منعه التصرف فيها وهو ملازم للإزعاج فالتصريح به تصريح باللازم ومن ثم حذفه غيره (ولو لم يدخل فغاصب) ولو لم يقصد الاستيلاء عليها

فيها من أنه لايكون غاصبا لشىء منها أنه هنا كذلك ، إلا أن يفرق بأن اليد على المنقول حسية وعلى الدار حكمية (قوله فى الصورة الآتية) وهى مالو دخل دار غيره وهو فيها (قوله ولو رفع شيئا برجله) أى ولم ينفصل أخذا مما يأتى بعده (قوله ولو أخذ شيئا لغيره من غاصب) بقى ما يقع كثيرا أن بعض الدواب يفر من صاحبه ثم إن شخصا يحوزه على نية عوده لمالكه فيتلف حينئذ هل يضمنه أم لا؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى للعلم برضا صاحبه بذلك ، إذ المالك لايرضى بضياع ماله ويصدق فى أنه نوى رده على مالكه لأن النية لاتعرف إلا منه ، والأصل عدم الضمان . ويؤيد هذا ما نقله حج عن القاضى بأن من ظفر بآبق لصديقه : أى أو خلصه من نحو غاصب فأخذه ليرده فهرب قبل تمكنه من رده ورفعه لحاكم لم يضمنه ، لكنه نقل بعد عن الماوردى وابن كج الضمان ، وعن الشيخين التصريح به (قوله وإن كان معرضا) قضيته أنه لو وجد متاعا مثلا مع سارق أو منتهب وعلم أنه إذا لم يأخذ منه ضاع على صاحبه لعدم معرفته الآخذ فأخذه منه ليرده على صاحبه ولو بصورة شراء أنه يضمنه حتى لو تلف فى يده بلا تقصير غرم بدله لصاحبه ، ولا رجوع له بما غرمه على مالكه لعدم إذنه له فى ذلك ، وقد يتوقف فيه حيث غلب على الظن عدم معرفة مالكه لو بقى بيد السارق فإن ماذكر طريق لحفظ مال المالك وهو لايرضى بضياعه (قوله ليداويه) أى أخذه ليداويه (قوله أو هادى الغنم) وهو المسمى الآن بالناعوت (قوله وكذا لو غصب أم النحل) ومثل ذلك مالو غصب ولد بهيمة فتبعته أمه وإن كانت لاتتخلف عنه عادة (قوله إلا إن استولى عليه) قيد فى المسائل الثلاث . قال حج : ولو سيقت أو انساقت بقرة إلى راع لم تدخل فى ضمانه إلا إن ساقها مع البقر (قوله خلافا لابن الرفعة) أى فى أم النحل (قوله ولو لم يقصد استيلاء) أى بأن أطلق أو قصد أخذ الرجل ومنعه من العود لها والتصرف فيها حتى يكون مستوليا عليها ، أما لو قصد أخذ الرجل ليسخره فى عمل من

بقى ما إذا جلس وحده أو ركب بحضور المالك فليراجع (قوله محمول على رفع لم ينفصل الخ) عبارة التحفة : ويتعين حملهما : أى كلام المتولى والبعض على رفع الخ ، لكنه عبر بدل قول الشارح وقول بعضهم بقوله قاله شارح ونظيره الخ (قوله كحربى) أى أو سبع (قوله وهو ملازم للإزعاج) قال الشهاب سم : فيه نظر مع

خلافا لجمع (وفى الثانية وجه واه) أنه لايكون غاصبا عملا بالعرف ، وشمل كلامه ما فى الدار من الأمتعة فيكون غاصبا لها أيضا كما ذكره الخوارزمى ، وقال الأذرعى وغيره : إنه الأقرب ، وفيه كما قال القمولى إشارة إلى أن المنقول لايتوقف غصبه على نقله إذا كان تابعا ، وذهب إليه القاضى (ولو سكن بيتا) من الدار (ومنع المالك منه دون باقى الدار فغاصب للبيت فقط) لأنه الذى استولى عليه (ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها) ولا من يخلفه من أهل ومستعير ومستأجر كما بحثه الأذرعى (فغاصب) وإن ضعف الداخل وقوى المالك حتى لو انهدمت حينئذ ضمنها لأن قوته إنما هى باعتبار سهولة النزع منه حالا ولا يمنع استيلاءه . أما إذا لم يقصد الاستيلاء كأن دخل لتفرج لم يكن غاصبا ، وإنما ضمن منقولا رفعه لابقصد ذلك لأن يده عليه حقيقة كما مر ، ويده على العقار حكمية فتوقفت على قصد الاستيلاء (وإن كان) المالك أو نحوه فيها (ولم يزعجه) عنها (فغاصب لنصف الدار) لاجتماع يدهما فيكون الاستيلاء لهما معا (إلا أن يكون ضعيفا لايعدّ مستوليا على صاحب الدار) فلا يكون غاصبا لشىء منها وإن قصد الاستيلاء إذ لاعبرة بقصد مالا يمكن تحققه . وأخذ السبكى منه وتبعه الأسنوى وغيره أنه لو ضعف المالك بحيث لايعد له مع قوّة الداخل استيلاء يكون غاصبا لجميعها . إذ قصد الاستيلاء عليها غير صحيح كما رده الأذرعى وتبعه الوالد رحمه الله تعالى بأن يد المالك باقية لم تزل فهى قوية لاستنادها للملك ، والمعارضة بمثله فى الداخل الضعيف بقصد الاستيلاء مردودة بوضوح الفرق بأن يد المالك الحسية منتفية ثم فأثر قصد الاستيلاء وموجودة هنا فلم يؤثر قصده معها فى رفعها من أصلها وإن ضعفت . وحيث لم يجعل غاصبا لم تلزمه أجرة على ما أفتى به القاضى فى سارق تعذر خروجه فاختبأ فى الدار ليلة . لكن قال الأذرعى : إنه مشكل لايوافق عليه اه . فالأوجه خلافه ، والأقرب فيما تقرر أنه لافرق بين كون المالك وأهله وولده معهما فى الدار أولا ، ولا بين كون الدار معروفة بصاحبها أولا ، وإن قال الأذرعى لم أر فيه شيئا فقد قال الكوهكيلونى فى شرح الحاوى : إذا ساكن الداخل الساكن بالحق لافرق بين أن يكون مع الداخل أهل مساوون لأهل الساكن أم لا حتى لو دخل غاصب ومع الساكن من أهله عشرة لزمه النصف ، ولو كان الساكن بالحق اثنين كان ضامنا للثلث وإن كان معه عشرة من أهله (وعلى الغاصب الردّ) فورا عند التمكن وإن عظمت المؤنة فى رده ولو لم يكن متموّلا كحبة برّ أوكلب يقتنى ، وسواء أكان مثليا أم متقوّما ببلد الغصب أم مستنقلا عنه ولو بنفسه أو فعل أجنبى لخبر « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولو وضع العين

غير قصد منع له عنها لايكون غاصبا لها لعدم استيلائه عليها (قوله وفى الثانية وجه واه) هى قوله أو أزعجه الخ ، وقوله وذهب إليها القاضى معتمد ، وقوله ولا من يخلفه من أهل المراد به هنا مايشمل أتباعه كخدمه لاخصوص الزوجة والأولاد ، وقوله لأن وجوده أى وجود المزعج (قوله كأن دخل لتفرج) أى أو لسرقة شىء من أجزاء الدار ، وقوله لم يكن غاصبا : أى وإن منع وأمر بالخروج (قوله لابقصد ذلك) أى الاستيلاء (قوله فتوقفت) أى اليد (قوله يكون غاصبا) أى الداخل (قوله فالأوجه خلافه) من كلام مر : أى فتلزمه الأجرة فى الصورتين ، قال حج : إلا أن يكون القاضى نظر إلى أن الليلة لا أجرة لها غالبا فيصح كلامه حينئذ اه (قوله والأقرب فيما تقرر) أى من لزوم أجرة النصف فقط على الغاصب (قوله معهما) أى الغاصب والسارق (قوله لزمه النصف) أى الغاصب (قوله ببلد الغصب) أى سواء كان ببلد الخ (قوله حتى تؤديه) كذا استدلوا به ، وهو إنما يدل على

تفسير الإزعاج بمجرد الإخراج عنها (قوله من أهل ومستعير ومستأجر) قال الشهاب سم : ينبغى وغيرهم كحارس

لابد لها بين يدى المالك مع علمه وتمكنه من أخذها أو فى داره وعلم ولو بإخبار ثقة كفى ويبرأ بالرد لمن غصب منه ولو نحو مودع ومستأجر ومرتهن لا ملتقط وفى مستعير ومستام وجهان أوجههما كما اقتضاه كلامهما أنهما كالأول لأنهما مأذون لهما من جهة المالك ، وإن كانا ضامنين ولو أخذ من رقيق شيئا ثم رده إليه فإن كان سيده دفعه إليه كملبوس وآلات يعمل بها برئ ، وكذا لو أخذ الآلة من الأجير وردها إليه لأن المالك رضى به قاله البغوى فى فتاويه وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة ، كما لو غصب أمة فحملت بحر لتعذر بيعها ، قاله المحب الطبرى. وقد لا يجب الرد ككونه ملكه بالغصب كأن غصب حربى مال حربى ، أو لخوف ضرر كأن غصب خيطا وخاط به جرحا فى محترم فلا ينزع منه مادام حيا إلا إذا لم يخف من نزعه مبيح تيمم أو لتعذر تمييز كأن خلط بالحنطة أخرى أجود منها فإنهما يباعان ويقسم بينهما على نسبة القيمة أو لملك الغاصب لها بفعله فيما يسرى للهلاك وغرم بدلها وهى باقية ، وقد لا يجب الرد فورا كأن غصب لوحا وأدرجه فى سفينة وكانت فى الماء وخيف من نزعه هلاك محترم وكان أخره للإشهاد كما مر آخر الوكالة (فإن تلف عنده) المغصوب أو بعضه وهو متمول بإتلاف أو تلف (ضمنه) إجماعا ، نعم لو غصب حربى مال محترم ثم عصم فإن كان باقيا رده أو تالفا لم يضمنه ، كقن غير مكاتب غصب مال سيده وأتلفه ، وباغ أو عادل غصب شيئا وأتلفه حال القتال أو تلف فيه بسببه ، فإن كان غير متمول كحبة أتلفها

وجوب الضمان ، ولعلهم وكلوا ذلك إلى ماهو معلوم مجمع عليه أن الخروج عن المعصية واجب فورى اهـ حج . وكتب عليه سم قوله وهو إنما يدل الخ قد يمنع هذا الحصر ، بل قوله حتى تؤديه أى نفس ما أخذته كما هو ظاهر اللفظ قد يدل على وجوب الرد (قوله لابد لها) خلافا لحج ، ووجه ما قاله الشارح أن بدلها تعويض عنها والعوض لا يملك إلا بالرضا ، ومجرد علمه به ليس رضا ، وسيأتى نظير ذلك فى قول الشارح أما إذا غصب حبا ولحما أو عسلا الخ (قوله وعلم ولو بإخبار ثقة) ظاهره براءة الغاصب بمجرد علم المالك بكونها فى داره وإن لم تدخل فى يده ولا تمكن من الوصول إليها ، ولو قيل بخلافه لم يكن بعيدا ، ويقيد قوله وعلم بما لو مضت مدة يمكنه الوصول إليها والاستيلاء عليها (قوله ولو نحو مودع) من نحو المودع القصار والصباغ ونحوهما من الأمناء (قوله أنهما كالأول) أى فيبرأ (قوله كملبوس) أى وإن كان غير لائق به ، وقوله رضى به : أى الأجير (قوله وقد يجب مع رد القيمة للحيلولة) وقضية ذلك أن مالك الأمة إذا أخذ القيمة ملكها ملك قرض فيتصرف فيها مع كون الأمة فى يده لأن تعذر بيعها عليه نزلها منزلة الخارجة عن ملكه (قوله فحملت بحر) أى بشبهة منه أو من غيره (قوله فإنهما يباعان) هذا مخالف لما يأتى فى قول المصنف ولو خلط المغصوب بغيره وأمكن التمييز لزمه فإن تعذر فالمذهب أنه كالتالف اهـ . إلا أن يقال : إن خلط فى كلامه مبنى للمفعول ويحمل على ما إذا لم يكن الخلط بفعل الغاصب (قوله وخيف من نزعه هلاك محترم) ولو لغاصب على المعتمد خلافا لما فى البهجة (قوله ثم عصم) أى الحربى (قوله غصب شيئا وأتلفه) أى فإنه لا يضمن (قوله حال القتال) ظاهره وإن غصبه فى غير القتال وقد يتوقف فيه فليراجع .

لها (قوله وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة كما لو غصب أمة الخ) انظر لو ماتت بعد الرد ما الحكم ، ويظهر أنها إن ماتت بسبب الحمل كانت مضمونة ، وسيأتى مايصرح به ، وإن ماتت بغيره استرد القيمة فليراجع (قوله أو لملك الغاصب لها بفعله فيما يسرى للهلاك الخ) لا يخفى ما فى هذه العبارة (قوله حال القتال) قيد فى كل من الغصب

لم يضمنها كاختصاص وإن غرم المالك على نقله أجرة ، واستطرد المصنف تبعا للأصحاب هنا مسائل يقع بها الضمان بلا غصب بمباشرة أو سبب لمناسبتها له وإن كان الأنسب بها باب الجنايات فقال (ولو أتلف مالا) محترما (فى يد مالكه ضمنه) بالإجماع ، وقد لايضمنه ككسر باب ونقب جدار فى مسئلة الظفر وكسر إناء خمر لم يتمكن من إراقته إلا بذلك ، أو قتل دابة صائل وكسر سلاح له لم يتمكن من دفعه بدونه ، وما أتلفه باغ على عادل وعكسه حال القتال وحربى على معصوم وقن غير مكاتب على سيده ومهدر بنحو ردة ، أو صيال أتلف وهو فى يد مالكه وخرج بالإتلاف التلف فلا يضمنه ، كأن سخر دابة فى يد مالكها فتلفت يضمنها كما قالاه فى كتاب الإجارة إلا إذا كان السبب منه ، كما لو اكترى لحمل مائة فحمل زيادة عليها وتلفت بذلك وصاحبها معها فإنه يضمن قسط الزيادة : أما أجرة مثل ذلك العمل فلازمة ، وأفتى البغوى بضمان من سقط على مال غيره لصرع حصل له فأتلفه ، كما لو سقط عليه طفل من مهده ، ولا ينافيه ما فى الروضة فى إتلاف البهائم أنه لو سقطت الدابة ميتة لم يضمن راكبها ماتلف بها ، لأن الأول إتلاف مباشرة . والثانى إتلاف سبب ويغتفر فيه لضعفه مالا يغتفر فى الأول لقوتها (ولو فتح رأس زق) بكسر الزاى وهو السقاء وتلف ضمن لمباشرة إتلافه ، فإن كان مافيه جامدا فخرج بتقريب غيره نارا إليه فالضمان على المقرب لقطعه أثر الأول ، بخلاف مالو خرج بريح هابة حال الفتح

[فرع] فى فتاوى السيوطى مانصه : مسئلة : سيد قطع يد عبده ثم غصبه غاصب فمات بالسراية عنده فماذا يلزم الغاصب ؟ الجواب مقتضى القواعد أنه لايلزمه شىء لأن هلاكه مستند إلى سبب متقدم على الغصب اه سم على حج (قوله غرم المالك على نقله) أى الاختصاص (قوله وحربى على معصوم) قضيته أن ما أتلفه المرتدون فى حال قتال المسلمين إياهم يضمنونه والأصح خلافه ، وعبارته فى كتاب البغاة بعد قول المصنف والمتأول بلا شوكة يضمن وعكسه كباغ أما مرتدون لهم شوكة فهم كالبغاة على الأصح كما أفتى به الوالد رحمه الله لأن القصد ائتلافهم على العود إلى الإسلام وتضمينهم ينفرهم عن ذلك خلافا لجمع جعلوهم كالقطاع مطلقا لجنايتهم على الإسلام اه (قوله وهو فى يد مالكه) ومثله مالو غصبه حال صياله وتلف حال الصيال اه سم على منهج . بخلاف مالو غصبه أولا ثم صال عليه فإنه يضمنه لأنه دخل فى ضمانه بغصبه له أولا (قوله لم يضمنها) بخلاف مالو حمل الغاصب المتاع على الدابة وأكره مالكها على تسييرها فإنه يضمن الدابة لعدم زوال يد الغاصب عنها (قوله إلا إذا كان السبب منه) أى من غير المالك (قوله ما فى الروضة) أى قبيل الجهاد حج (قوله لم يضمن راكبها ماتلف بها) أى أو بما على ظهرها (قوله لأن الأول) هو قوله وأفتى البغوى الخ (قوله والثانى) هو قوله لوسقطت الدابة ميتة الخ (قوله لقوتها) أى المباشرة (قوله بخلاف ما لو خرج بريح) قضية ماذكره فى الريح أنه لافرق بين كون خروجه بسببها لسقوط الزق بها مثلا أو بتقاطر مافيه وابتلال جوانبه حتى سقط ، لكن فى سم على منهج عن الروض وشرحه أن محل التفصيل فى الريح المسقطة للزق . أما السقوط بالابتلال الحاصل بحرارة الريح فلا فرق فيه

والإتلاف (قوله وإن غرم الخ) أى لايجب على الغاصب ضمان الاختصاص وإن كان المالك قد غرم بسبب نقله أجرة (قوله محترما) أى فى حد ذاته ، وإلا فما سيأتى فى المستثنيات غير محترم بالنسبة للمتلف ، نعم يرد العبد المرتد الآتى (قوله ومهدر بنحو ردة أو صيال أتلف) ببناء أتلف للمفعول (قوله أما أجرة مثل ذلك العمل فلازمة) لا محل للفظ أما هنا على أن هذا الحكم من أصله غير محتاج إليه هنا لأنه سيأتى فى محله ولذا لم يذكره فى التحفة (قوله وتلف) أى نفس الزق ، وقوله ضمن جعله جواب الشرط وكان عليه أن يقدر شرطا لضمن الآتى فى كلام

أو شمس مطلقا لعدم صلاحيتهما للقطع ومثلهما فعل غير العاقل كما هو ظاهر (مطروح على الأرض) مثلا (فخرج مافيه بالفتح أو منصوب فسقط بالفتح) لتحريكه الوكاء وجذبه أو لتقاطر مافيه حتى ابتل أسفله وسقط (وخرج مافيه) بذلك وتلف (ضمن) لتسببه فى إتلافه إذ هو ناشئ عن فعله ولو بحضرة مالكه وتمكنه من تداركه كما لو رآه يقتل قنه فلم يمنعه ، ودعوى أن السبب يسقط حكمه مع القدرة على منعه بخلاف المباشرة ممنوعة (وإن سقط) الزق بعد فتحه له (بعارض ريح) ونحوها كزلزلة أو وقوع طائر عليه (لم يضمن) لأن التلف لم يحصل بفعله مع عدم تحقق هبوبها ، بخلاف طلوع الشمس فلم يبعد قصد الفاتح له ، وأفهم كلامه أن الريح لو كانت هابة حال الفتح ضمن وهو كذلك كما يؤخذ مما مر ومن تفرقتهم بين المقارن والعارض ، فيما لو أوقد نارا فى أرضه فحملتها الريح إلى أرض غيره فأتلفت شيئا ، نبه على ذلك الأسنوى وغيره وبه صرح الفارقى ، ولو قلب الزق غير الفاتح فخرج مافيه ضمنه لا الفاتح ، ولو أزال ورق العنب ففسدت بالشمس عناقيده ، أو ذبح شاة غيره أو حمامته فهلك فرخهما ضمنهما لفقد ماتحصل به الحياة ، وفارق عدم الضمان فيما لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت ولو ظلما حيث لم يضمنها بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح ، بخلاف الماشية مع مالكها وبأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم ، ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو الزرع فمنعه ظالم من السقى حتى فسدت لم يضمن كما فى الروضة قياسا على حبس المالك عن ماشيته وإن صحح فى الأنوار الضمان ، ولو حل رباط سفينة

بين كون الريح هابة وقت الفتح وكونها عارضة . قال سم فى مقام الفرق بينهما : اللهم إلا أن يقال : إن الريح التى تؤثر حرارتها مع مرور الزمان لايخلو الجو عنها وإن خفيت لخفتها ، بخلاف الريح التى تؤثر السقوط فليتأمل (قوله أو شمس مطلقا) أى موجودة أم لا (قوله ومثلهما) أى الريح والشمس وفى التشبيه بهما نظر لاختلاف حكمهما فإن شرط الضمان بالريح كونها هابة وقت الفتح ، بخلاف الشمس فإنه لايشترط طلوعها وقته ، وعليه فمقتضى التشبيه بالريح حضور غير العاقل وقت الفتح ، ومقتضى التشبيه بالشمس عدم اشتراط حضوره فتأمله . اللهم إلا أن يقال : مراده بقوله ومثلهما الخ التشبيه فى أن فعل غير العاقل لايقطع فعل المباشر ، ويمكن دفع الإيراد من أصله بجعل الضمير فى قوله ومثلهما للريح الهابة والشمس (قوله ودعوى أن السبب الخ) لكن يرد عليه مالو ترك المجروح علاج جرحه الموثوق ببرئه ، كأن ترك ربط محل الفصد حتى هلك فإن الجارح لايضمن لأن الترك مع القدرة قطع فعل الأول . اللهم إلا أن يقال : إن الجانى لما باشر القتل المحصل للإتلاف لم ينظر معه إلى حضور المالك وتمكنه من منع الجانى ، بخلاف مسئلة الجرح فإن فعل الجانى انقطع بمجرد جنايته فترك المجروح العلاج بعد انتهاء فعل الأول نزل منزلة جناية أخرى (قوله فلم يبعد قصد الفاتح له) ويتردد النظر فى البلاد الباردة التى يعتاد فيها الغيم أياما أو عدم إذابتها لمثل هذا فطلعت وإذابته على خلاف العادة ومقتضى نظرهم للتحقق فيها المقتضى للقصد المذكور عدم الضمان عند اطراد العادة بذلك اهـ حج (قوله فيما لو أوقد نارا فى أرضه) ينبغى أن يراد بأرضه مايستحق الانتفاع بها ، ومفهومه أنه لو أوقد فى أرض غيره ضمن ماتولد من فعله مطلقا مقارنا كان أو عارضا لتعديه ، ومن ذلك ما يقع كثيرا بقرى الريف من أخذ الفريك ونحوه وإيقاد النار عليه ليستوى ويؤكل فيضمن فيه لتعديه لعدم ملك منفعة الأرض التى أوقد بها النار وإن كانت فى تؤاجره لأن استئجار الأرض للزراعة لايبيح إيقاد النار بها . نعم لو جرت العادة بمثل ذلك كما لو اضطر لإيقاد نار لدفع البرد عن نفسه وعلم المالك باعتياد مثل ذلك فيها جاز ولا ضمان لما تلف بسبب الإيقاد المذكور (قوله ضمنه) أى القالب (قوله فهلك فرخهما) فى إطلاق الفرخ

المصنف الذى كان جوابا لهذا الشرط فقد صار مهملا .

فغرقت بحله ضمنها أو بعارض ريح أو نحوه فلا لما مرّ ، فإن لم يظهر حادث فوجهان أوجههما كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى الضمان ، إذ الماء أحد المتلفات وحلّ رباطها ولا ريح فى اللجة سبب ظاهر فى إحالة الغرق على الفعل ، فأشبه مالو فتح قفصا عن طائر وطار فى الحال ، بخلاف الزق فليس فتحه سببا ظاهرا لسقوطه خلافا للزركشى ومن تبعه (ولو فتح قفصا عن طائر) أىّ طير ، فقد قال جمهور اللغويين إن الطائر مفرد والطير جمعه فاندفع قول من قال إن الأولى طير لا طائر لأنه فى القفص لايطير (وهيجه فطار) حالا (ضمنه) بالإجماع لأن إلجاءه إلى الفرار كإكراه الآدمى (وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إن طار فى الحال) أوكان آخر القفص مفتوحا فمشى عقب الفتح قليلا قليلا حتى طار كما قاله القاضى ، قال أوكان القفص مفتوحا فمشى إنسان على بابه ففزع الطائر وخرج ، أو وثبت هرّة عقب الفتح فقتلته وهو مقيد كما قاله السبكى بما إذا علم بحضورها حين الفتح وإلا كانت كريح طرأت بعده (ضمنه) لإشعاره بتنفيره ، ومحل قولهم تقدم المباشرة على السبب مالم يكن السبب ملجئا ، والثانى يضمنه مطلقا لأنه لو لم يفتح لم يطر ، والثالث لايضمن مطلقا لأن له قصدا واختيارا (وإن وقف ثم طار فلا) يضمنه لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره ، ويجرى ذلك فيما لو حلّ رباط بهيمة أو فتح الباب فخرجت ، ومثلها قنّ غير مميز ومجنون لا عاقل ولو آبقا لأنه صحيح الاختيار فخروجه عقب ماذكر يحال عليه ، وألحق جمع بفتح القفص مالو كان بيد صبىّ أو مجنون طائر فأمره إنسان بإطلاقه من يده . قال الأذرعى : وهذا حيث لاتمييز وإلا ففيه نظر ، إذ عمد المميز عمد ومثل غير المميز من يرى طاعة أمره ، ولو حلّ رباطا عن علف فى وعاء فأكلته فى الحال بهيمة ضمن ، ولا ينافيه تصريح الماوردى بأنه لو حلّ رباط بهيمة فأكلت علفا أو كسرت إناء لم يضمن

على ولد الشاة تغليب فإن الفرخ ولد الطائر والأنثى فرخة كما فى مختار الصحاح (قوله لما مرّ) أى من أن التلف لم يحصل بفعله مع عدم تحقق هبوبها (قوله فإن لم يظهر حادث) أى يحال عليه الغرق (قوله فليس فتحه سببا الخ) أى فلو شك بعد خروج ما فيه فى أن الخروج بسبب الفتح أو عروض حادث فلا ضمان لأن الأصل عدمه ، وقد يقال بالضمان لأن فتح رأس الزق سبب ظاهر فى ترتب خروج مافيه على الفتح . والأصل عدم عروض الحادث (قوله والطير جمعه) وقيل الطير اسم جنس يقع على الواحد والجمع . وقيل اسم جمع لايطلق على الواحد ، وعبارة المصباح الطائر على صيغة اسم فاعل من طار يطير طيرانا وهوله فى الجوّ كمشى الحيوان فى الأرض ، ويعدّى بالهمزة والتضعيف فيقال طيرته وأطرته ، وجمع الطائر طير مثل صاحب وصحب وراكب وركب ، وجمع الطير طيور وأطيار . وقال أبو عبيدة وقطرب : ويقع الطير على الواحد والجمع ، وقال ابن الأنبارى : الطير جماعة وتأنيثها أكثر من التذكير ، ولا يقال للواحد طير بل طائر قلما ما يقال للأنثى طائرة اهـ (قوله وهيجه فطار) قال فى الروض : أو طار فصدمه جدار أوكسر قارورة القفص ضمن اهـ سم على منهج (قوله بما إذا علم بحضورها) قال حج : ويتجه إن علمه بوجود نحو هرّة ضارية بذلك المكان غالبا كحضورها حال الفتح (قوله فيما لو حلّ رباط) أى أو حلّ قيدها اهـ متن الروض (قوله ومثلها قن) أى فى فتح الباب وحلّ القيد (قوله يحال عليه) أى فلو اختلف المالك والفاتح فى أنه خرج عقب الفتح أو تراخى عنه فينبغى تصديق الفاتح لأن الأصل عدم الضمان (قوله قال الأذرعى وهذا الخ) معتمد (قوله بأنه لو حل رباط بهيمة) أى لغيره ، ولعل عدم الضمان هنا مع ضمان

(قوله بخلاف الزق فليس فتحه سببا الخ) أى والصورة فيه أنه شك فى مسقطه كما هو قضية المقايسة وإن لم يتقدم هذا فى كلامه ، والقول بعدم ضمان الزق حينئذ نقله فى التحفة عن الشامل والبحر (قوله إن الطائر مفرد والطير جمعه) يقال عليه وحينئذ فلا يصح تفسيره به كما صنع ، فلو قال بدل التفسير مفرد طير لصح (قوله والثانى يضمنه مطلقا الخ)

سواء اتصل ذلك بالحل أم لا ، لأن انتفاء الضمان فى تلك لعدم تصرفه فى التالف بل المتلف عكس ما هنا ، ولو خرجت البهيمة عقب فتح الباب ليلا فأتلفت زرعا أو غيره لم يضمنه الفاتح كما جزم به ابن المقرى ، وإن جزم فى الأنوار بخلافه إذ لايلزمه حفظ بهيمة غيره عن ذلك ، ولو وقف على جداره طائر فنفره لم يضمنه لأن له منعه من جداره ، وإن رماه فى الهواء ولو فى هواء داره فقتله ضمنه إذ ليس له منعه من هواء داره ، ولو فتح حرزا فأخذ غيره مافيه أو دل عليه اللصوص فلا ضمان عليه لعدم ثبوت يده على المال وتسببه بالفتح فى الأولى قد انقطع بالمباشرة . نعم لو أخذ غيره بأمره وهو غير مميز أو أعجمى يرى طاعة أمره ضمنه دون الآخذ ، ولو بنى دارا فألقت الريح فيها ثوبا وضاع لم يضمنه لأنه لم يستول عليه (والأيدى المترتبة) بغير تزوج (على يد الغاصب) الضامن وإن كانت فى أصلها أمانة كوكالة بأن وكله فى الرد ووديعة (أيدى ضمان وإن جهل صاحبها الغصب) كوضع

صاحبها إذا أرسلها فى وقت جرت فيه العادة بحفظها فيه أن المطلق لها هنا لا يد له عليها ، ولا استيلاء حتى يضمن ماتولد من فعلها ، بخلاف المالك فإن عليه حفظ ما فى يده فإرساله لها تقصير ، ويؤخذ مما ذكر فى إتلاف الدواب أن الكلام فيما لو جرت العاة بحفظ المالك لدابته ، بخلاف ما لو جرت بعدم حفظها وإرسالها ليلا ونهارا فلا ضمان لمتلف ما أرسله لعدم تقصيره ، ومن ذلك الإوز إذا كان فى بلدة جرت عادة أهلها بأنهم لايحفظونه ، فإذا خرج من دور أهله على عادتهم وأتلف زرعا لايضمنه مالك الإوز لأن صاحب الزرع مقصر بعدم حراسته ومنع الإوز عنه (قوله بل فى المتلف عكس ماهنا) قد يشكل عليه ماقدمناه فيما لو فتح قفصا عن طائر فخرج وكسر فى خروجه قارورة ، ثم رأيت فى سم على منهج بعد مثل ماذكر : إلا أن يقال لافرق بينهما فى الحقيقة لأن التلف حيث كان من ضرورة الحل أو الفتح عادة ضمن وإلا فلا اهـ ملخصا . وفيه أنه لايوافق مافرق به الشارح هنا من أن التصرف فى التالف لا فى المتلف ، إلا أن يقال : إن كسر الطائر لنحو القارورة فى خروجه يعد من فعل المتلف لنسبة الخروج الذى حصل به التلف للفاتح ، ولا كذلك أكل الدابة للعلف فإنه ليس بالخروج بل بأمر حصل بعد الخروج وهو قريب (قوله لم يضمنه الفاتح) أى ولا صاحب البهيمة أيضا لعدم تقصيره (قوله لأن له منعه من جداره) أى فلو اعتاد الطائر النزول على جدار غيره وشق منعه كلف صاحبه منعه بحبسه أو قص جناح له أو نحو ذلك ، وإن لم يتولد من الطائر ضرر بجلوسه على الجدار لأن من شأن الطير تولد النجاسة منه بروثه ، ويترتب على جلوسه منع صاحب الجدار منه لو أراد الانتفاع به (قوله ولو بنى دارا) هو مجرد تصوير وإلا فالحكم كذلك فى كل دار فى يده (قوله لم يضمنه) أى حيث لم يتمكن من إعلام صاحبه ولم يعلمه وإلا ضمن (قوله وإن جهل صاحبها الغصب) أى أو أكره على الاستيلاء على المغصوب ، فإذا تلف فى يده كان طريقا فى الضمان ، وقرار

كان الأولى تأخير حكاية القولين عن قول المصنف وإن وقف ثم طار فلا (قوله فى تلك) يعنى فى مسئلة الماوردى وكان ينبغى أن يقول فى هذه ويقول فيما يأتى عكس ماهنالك (قوله وإن جزم فى الأنوار بخلافه) الذى فى الأنوار ونقله عنه فى شرح الروض أنه لايضمن فهو موافق لابن المقرى لامخالف له (قوله فنفره لم يضمنه) هل المراد أنه إذا نفره فتلف بعد التنفير بحادث أو أنه أتلفه بتنفيره كأن رماه بما يقتله فإن كان الثانى فهل هو كذلك ، وإن كان يندفع بأخف مما رماه به يراجع (قوله ولو بنى دارا) البناء ليس بقيد كما هو ظاهر (قوله فألقت الريح فيها ثوبا وضاع لم يضمنه) أى إذا لم يتمكن من إعلام صاحبه حتى لاينافى ما سيأتى فى باب الوديعة ، وقد قيد بذلك هنا فى الأنوار (قوله الضامن) أخرج به مالو كان غاصبا الاختصاص فلا يتأتى فيه ما سيأتى

يده على ملك غيره بغير إذنه وجهله إنما يسقط الإثم إذ هو من خطاب التكليف لا الضمان لأنه من خطاب الوضع فيطالب من شاء منهما . نعم الحاكم وأمينه لايضمنان بوضع يدهما للمصلحة ، واستثنى البغوى من الجهل مالو غصب عينا ودفعها لقنّ الغير ليردها لمالكها فتلفت فى يده ، فإن جهل العبد ضمن الغاصب فقط وإلاّ تعلق برقبته وغرم المالك أيهما شاء ، وفيه نظر ، أما لو زوّج الغاصب المغصوبة فتلفت عند الزوج فلا يضمنها لأن الزوجة من حيث هى زوجة لاتدخل تحت يد الزوج وبهذا اندفع إيراد هذه على المصنف ، وينبغى كما قاله الزركشى تخصيصه بما إذا تلفت بغير الولادة وإلا فيضمنها ، كما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة فإنه يضمنها على الأصح كما قاله الرافعى فى الرهن (ثم إن علم) الثانى الغصب (فغاصب من غاصب فيستقرّ عليه ضمان ماتلف عنده) ويطالب بكل مايطالب به الأول لأن حدّ الغصب صادق عليه . نعم لامطالبة عليه بزيادة قيمة حصلت فى يد الأوّل فقط بل المطالب بها هو الأول ، ويبرأ الأول لكونه كالضامن لتقرر الضمان على الثانى بإبراء المالك للثانى ولا عكس ، قاله القفال فى فتاويه ، وكذا إن جهل الثانى الغصب (وكانت يده فى أصلها يد ضمان

الضمان على المكره له كما لو أكره غيره على إتلاف مال فأتلفه ، فإن كلا طريق فى الضمان والقرار على المكره بالكسر ، ومن ذلك يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا غصب من آخر فرسا وأكره آخر على الذهاب بها إلى محلة كذا فتلفت وهو عدم ضمان المكره بفتح الراء بل هو طريق فى الضمان فقط ، ومنه أيضا مايقع فى قرى الريف من أمر الشادّ مثلا لاتباعه بإحضار بهائم الفلاحين للاستعمال فى زرعه أو غيره بطريق الظلم ، وهو أنه إن أكره تابعه على إحضار بهائم عينها كان كل طريقا فى الضمان والقرار على الشادّ ، وإن لم يحصل إكراه أو أكرهه على إحضار بعض الدوابّ بلا تعيين للمحضرة فأحضر له شيئا منها ضمنه لاختياره فى الأول ، لأن تعيينه للبعض وإحضاره له اختيار منه أيضا (قوله نعم الحاكم وأمينه) وهل مثلهما أصحاب الشوكة من مشايخ البلدان والعربان أولا ؟ فيه نظر ، وعبارة الأذرعى فى قوته : تنبيه : يستثنى من هذه الأيدى أيدى الحكام وأمثالهم فإنهم لايضمنون لوضعها على وجه الحظ والمصلحة اه . وهل يشمل ماذكر من مشايخ البلدان الخ حيث عدل عن نوابهم إلى التعبير بأمثالهم (قوله لايضمنان) أى وأما الغاصب فلا يبرأ إلا بالرد للمالك ، ومحل ذلك إذا كان الحاكم وأمينه هما الطالبان للأخذ ، وأما لو ردّ الغاصب بنفسه عليهما فينبغى براءته بذلك لقيام الحاكم مقام المالك فى الرد عليه من الغاصب ، لكن قضية قول الشارح الروض : ويستثنى الحاكم ونائبه لأنهما نائبان عن المالك اه أن الغاصب يبرأ مطلقا (قوله ليردّها) أى القنة وقوله فى يده أى يد القنّ (قوله وفيه نظر) أى فيما قاله البغوى ، ولعله بالنظر لما لو جهل القنّ الخ ، ووجه النظر أن العبد وإن كان أمينا لكونه وكيلا عن الغاصب فى الرد فحقه أن يكون طريقا فى الضمان والقرار على الغاصب ، والمتبادر من كلام البغوى نفى الضمان عن العبد مطلقا ويمكن الجواب بأن مراد البغوى بقوله ضمن الغاصب أن عليه القرار (قوله فلا يضمنها) أى لايضمن عينها إذا تلفت ، لكن يجب عليه المهر وأرش البكارة إن وطئها للشبهة (قوله من حيث هى) قد يقال هذا ينافى قوله بغير تزوّج إلا أن يقال هو استثناء صورى (قوله ولا عكس) أى لأن الأوّل كالضامن والثانى كالأصيل وهو لايبرأ ببراءة

(قوله لأن الزوجة من حيث هى زوجة الخ) وحينئذ فما صنعه فى مزج المتن من استثناء التزوّج من وضع اليد مشكل ، إلا أن يكون استثناء منقطعا (قوله بإبراء المالك)متعلق بقوله ويبرأ

كالعارية) والسوم والقرض والبيع وكذا الهبة لأنه دخل على الضمان فلا تغرير من الغاصب ، وفى الهبة أخذ للتملك ثم ماتقرر فى الهبة هو ماجرى عليه ابن المقرى بحسب تصرفه ، لكن الذى فى الروضة أن يده ليست يد ضمان وإن كان المرجح أن قرار الضمان عليه لما قلنا (وإن كانت يد أمانة) بغير اتهاب (كوديعة) وقراض (فالقرار على الغاصب) دونه لأنه دخل على أن يده نائبة عن الغاصب ، فلو غرم الغاصب لم يرجع عليه ، وإن غرم هو رجع على الغاصب ، ومثله مالو صال المغصوب على شخص فأتلفه كما مرّ آنفا ، ويد الالتقاط ولو للتملك قبله كيد الأمانة وبعده كيد الضمان (ومتى أتلف الآخذ من الغاصب) شيئا (مستقلا به) أى بالإتلاف وهو أهل للضمان (فالقرار عليه مطلقا) سواء أكانت يده يد أمانة أم ضمان لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية . أما إذا لم يستقل بالإتلاف بأن حمله عليه الغاصب فإن كان لغرضه كذبح شاة أوقطع ثوب أمره به ففعله جاهلا فالقرار عليه ، أو لا لغرض فعلى المتلف ، وكذا إن كان لغرض نفسه كما قال (وإن حمله الغاصب عليه بأن قدم له طعاما مغصوبا ضيافة فأكله فكذا) القرار عليه (فى الأظهر) لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة . والثانى أن القرار على الغاصب لأنه غرّ الآكل ، وعلى الأول لو قدمه لآخر وقال له هو ملكى فالقرار على الآكل أيضا فلا يرجع بما غرمه على الغاصب لكن بهذه المقالة إن غرم الغاصب لم يرجع على الآكل لاعترافه بأن المالك ظلمه والمظلوم لايرجع على غير ظالمه ، وتقديمه لرقيق ولو بإذن مالكه جناية يد منه يباع فيها لتعلق موجبها برقبته ، فلو غرم الغاصب رجع على قيمة الآكل ، بخلاف مالو قدمه لبهيمة فأكلته وغرم الغاصب فإنه لايرجع على المالك إن لم يأذن وإلا رجع عليه (وعلى هذا) أى الأظهر فى أكل الضيف (لو قدمه)الغاصب (لمالكه) أو لم يقدمه له (فأكله) جاهلا بأنه له (برئ الغاصب) لمباشرته إتلاف ماله مختارا ، أما إذا أكله عالما فيبرأ قطعا هذا كله إن قدمه له على هيئته . أما إذا غصب حبا ولحما أو عسلا ودقيقا وصنعه هريسة أو حلواء مثلا فلا يبرأ قطعا ، قاله الزبيرى لأنه لما صيره كالتالف انتقل الحق لقيمته وهى لاتسقط ببذل غيرها بدون رضا مستحقها وهو لم يرض ، ويبرأ الغاصب أيضا بإعارته أو بيعه أو إقراضه للمالك ولو جاهلا بكونه له لأنه باشر أخذ ماله مختارا لا بإيداعه ورهنه وإجارته وتزويجه منه والقراض معه فيه جاهلا بأنه له ، إذ التسليط فيها غير تام ، بخلاف مالو كان عالما ، وشمل التزويج

الضامن (قوله وكذا الهبة) أى فاليد معها يد ضمان والمعتمد أنها يد أمانة كما يأتى ومع ذلك يضمن ماتلف تحت يده ، ، ولو جعل قوله وكذا الهبة الخ مشابها لليد الضامنة لا العارية لم يتوجه الاعتراض المذكور (قوله فأتلفه) أى أتلف المصول عليه المغصوب (قوله قبله) أى التملك (قوله فإن كان لغرضه) أى الغاصب (قوله فالقرار عليه) أى الغاصب (قوله لكن بهذه المقالة) هى قوله وقال له هى ملكى الخ (قوله وتقديمه) أى الطعام المغصوب وقوله ولو بإذن مالكه أى مالك الرقيق ، وقوله جناية منه : أى الرقيق ، وقوله على قيمة الآكل : أى وهو الرقيق (قوله فإنه لايرجع على المالك) أى وليس للمالك العلف مطالبة صاحب البهيمة فليس طريقا فى الضمان لأنه لاينسب إلى تقصير فى إتلاف ما أكلته بهيمته (قوله انتقل الحق لقيمته) أى ومع ذلك لايجوز له التصرف فيه إلا بعد دفع بدله للمالك ولالغيره ممن علم أن أصله مغصوب تناول شىء منه (قوله إذ التسليط فيها غير تام) قد

(قوله ثم ماتقرر فى الهبة) أى فى سردها مع ما اليد فيه يد ضمان مع قطع النظر عن التعليل ، وأما بالنظر إليه فلا يكون موافقا لما جرى عليه ابن المقرى ، بل موافق لما فى الروضة سيما وقد فصلها بكذا فكان الأولى خلاف هذا الصنيع (قوله لما مرّ آنفا) انظر أين مرّ (قوله وعلى الأول لو قدمه لآخر) كان الأولى هنا الإضمار (قوله وتقديمه لرقيق ولو بإذن مالكه جناية) صوابه كما فى الروض وإذا قدمه لعبد فالأكل جناية يباع فيها .

الذكر والأنثى ، ومحله فيها ما لم يستولدها ، فإن استولدها وإن لم يتسلمها برئ الغاصب لحصول تسلمها بمجرد استيلادها ، ولو قال الغاصب للمالك اعتقه أو أعتقه عنك فأعتقه ولو جاهلا بأنه له عتق وبرئ ، فلو قال له أعتقه عنى فأعتقه ولو جاهلا بأنه له عتق وبرئ الغاصب كما رجحه ابن المقرى وصرح به السبكى ، ويقع العتق عن المالك لا عن الغاصب على الصحيح فى أصل الروضة ، لكن الأوجه معنى كما قاله الشيخ وقوعه عن الغاصب ، ويكون ذلك بيعا ضمنيا إن ذكر عوضا وإلا فهبة بناء على صحة البيع فيما لو باع مال أبيه ظانا حياته فبان ميتا .

(فصل)

فى بيان حكم الغصب وانقسام المغصوب إلى مثلىّ ومتقوّم وبيانهما وما يضمن به المغصوب وغيره

(تضمن نفس الرقيق) ولو مستولدة ومكاتبا (بقيمته) بالغة مابلغت (تلف أو أتلف تحت يد عادية) بتخفيف الياء كسائر الأموال ، ومراده بالعادية الضامنة وإن لم يكن صاحبها متعديا ليدخل نحو مستعير ومستام ،

يقال : التسليط بالإجارة أقوى منه بالعارية ، اللهم إلا أن يقال : لما كانت يد المستعير ضامنة نزلت منزلة المشترى بجامع الضمان والمستأجر لكونه أمينا نزل منزلة الوديع . وفى سم على منهج : فرع : سئل مر عما لو غصب الراهن الرهن من المرتهن فتلف هل يضمن له أقصى القيم ويجعل رهنا مكانه ؟ فمال إلى أنه إنما يضمن له قيمة يوم التلف ، فلتحرر المسئلة فى الروضة وغيرها اهـ سم على منهج . أقول : والأقرب أنه يضمن أقصى القيم من وقت الغصب إلى التلف ، وخرج بغصبه مالو أتلفه فى يد المرتهن فيضمنه بقيمته يوم التلف وما لو أخذه من المرتهن لينتفع به على الوجه المشروع فلا ضمان عليه إذا تلف فى يده بلا تقصير هذا ، وما نوزع به من أن المالك إنما يضمن بأقل الأمرين من القيمة والدين ظاهر فيما لو دفعها الراهن لتكون من الدين وما هنا يدفعها لتكون رهنا فلا وجه لاعتبار الأقل (قوله ومحله فيها) أى الأنثى (قوله فلو قال له) أى المالك (قوله وبرئ الغاصب) قال فى شرح الروض : قال البلقينى : وينبغى أن يلحق بالإعتاق الوقف ونحوه اهـ سم على حج . وقول سم ونحوه : أى كأن أمره بهبته لمسجد أو نحوه من الجهات العامة أو قال له انذر إعتاقه أو أوص به لجهة كذا ثم مات المالك (قوله لكن الأوجه معنى) أى لا نقلا ، وهذا يشعر باعتماد الأول لأنه الأوجه نقلا عنده ، لكن اعتمد أنه عن الغاصب شيخنا الزيادى

(فصل) فى بيان حكم الغصب

(قوله وانقسام المغصوب) تفسير للمراد بحكم الغصب هنا ، وإلا فليس ماذكر حكما له إذ لاتعرض فيه لحرمة ولا لعدمها ، ويجوز أن المراد بالحكم بيان الضمان وهو غير مايضمن به (قوله وما يضمن به المغصوب) أى وما يتبع ذلك كعدم إراقة المسكر على الذمى (قوله تضمن نفس الرقيق) أى كلا أو بعضا فيدخل فيه المبعض فيضمن جزء الرقّ منه بقيمته ، وجزء الحرية بما يقابله من الدية كما يأتى (قوله كسائر الأموال) أى المتقوّمة وإلا فالمثلىّ

ويخرج نحو حربي وقن للمالك وآثرها لكون الباب موضوعا للتعدّى ، والمراد كما يعلم مما يأتى بالقيمة فى المغصوب وأبعاضه أقصاها من الغصب إلى التلف (وأبعاضه التى لايتقدر أرشها من الحرّ) كهزال وزوال بكارة وجناية على نحو عنق أوظهر يضمن (بما نقص من قيمته) إجماعا ، فإن لم ينقص لم يلزمه شىء . أما الجناية على نحو كف مما هو مقدر منه بنظيره فى الحر ففيها مانقص من قيمته بشرط أن لايساوى النقص مقدره كنصف القيمة فى اليد ، فإن ساواه نقص عنه الحاكم شيئا باجتهاده ، كذا ذكره البلقينى نقلا عن المتولى قال : وهو تفصيل لابد منه ، وإطلاق من أطلق محمول عليه وهو ظاهر فى غير الغاصب. أما هو والكلام فيه هنا فيضمن بما نقص مطلقا لتشديدهم عليه فى الضمان مالم يشددوا على غيره ، ويؤيده ما يأتى فى نحو قطع يده من أنه يضمن الأكثر (وكذا المقدرة) كيد (إن تلفت) بآفة سماوية ، إذ الساقط من غير جناية لايتعلق به قصاص ولا كفارة ولا ضرب على عاقلة فأشبه الأموال ، فإن نقصت كأن سقط ذكره وأنثياه لزمه مانقص ، وإن لم ينقص كما هو الغالب من عدم تنقيص القيمة لم يلزم شىء قطعا (وإن أتلفت) بجناية (فكذا) يضمن بما نقص من قيمته (فى القديم) قياسا على البهيمة (وعلى الجديد تتقدر من الرقيق) لأنه يشبه الحرّ فى كثير من الأحكام (والقيمة فيه كالدية فى الحر ففى) يديه تمام قيمته ، نعم لو قطعهما مشتر وهو بيد البائع لم يكن قابضا له فلا يلزمه إلا مانقص وإلا كان قابضا له مع

من الأموال يضمن بمثله كما يأتى ، ويحتمل أن التشبيه فى أصل الضمان والأموال على عمومها (قوله بالقيمة فى المغصوب) أى المتقوّم فلا يشكل بما يأتى فى المثلى إذا فقد من أن الأصح فيه أنه يضمن بأقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الفقد (قوله من الغصب إلى التلف) وفى غيره قيمة يوم التلف اهـ حج . وهو شامل للمستام فيضمن على ماذكره بقيمة يوم التلف : أى لائقا بالحال عادة (قوله فإن لم ينقص لم يلزمه شىء) قياس ما يأتى فيما لو قطع الغاصب أصبعا زائدة ولم تنقص قيمته بالقطع أنه يعتبر هنا حاله قبل الاندمال ، اللهم إلا أن يقال : ماهنا مصوّر بما إذا لم تنقص قيمته شيئا لا قبل الاندمال ولا بعده ، ثم رأيت فى سم على حج كذلك (قوله أما الجناية) أى بجرح لا مقدر له أخذا من كلام سم وهو مقابل قوله على نحو ظهر أو عنق ، لكن قد يقال هذا داخل فى قوله الآتى وكذا المقدرة فلم ذكر هذا هنا فليتأمل . ويجاب بالمنع لأنه المراد فى الآتى أن تكون الجناية بإتلاف المقدرة ، وهنا أن تكون بإتلاف شىء فيه اهـ سم على حج (قوله فإن ساواه نقص) أى وجوبا (قوله أما هو) أى الغاصب (قوله فيضمن بما نقص) معتمد ، وقوله مطلقا ، أى ساوى المقدر أم زاد عليه (قوله إن تلفت بآفة) أى بغير جناية أخذا من قوله وإن تلفت بجناية (قوله فإن نقصت) أى القيمة وهو مستأنف (قوله كأن سقط ذكره وأنثياه) أى بأن سقطت بلا جناية أو قطعت قودا اهـ سم على حج : أى أما بالجناية فيضمن ، وقوله لزمه : أى بعد الاندمال (قوله وهو بيد البائع) غرضه مجرد إفادة الحكم وإلا فالكلام فى المغصوب . نعم بالنظر لما فسر به الشارح اليد العادية يكون استدراكا (قوله لم يكن) أى المشترى وقوله فلا يلزمه إلا مانقص . أى إلا

(قوله مما هو مقدر) بيان لنحو كف أى ولو جنى على ماهو مقدر منه بنظيره فى الحر كالكف والرجل أى والصورة أن الجناية لامقدر لها كأن جرح كفه فهو غير ما سيأتى فى المتن (قوله فإن نقصت كأن سقط ذكره وأنثياه) عبارة التحفة : فإن لم تنقص كأن سقط ذكره وأنثياه كما هو الغالب لم يجب شىء انتهت . فلا حاجة لقول الشارح فإن نقصت لأنه فرض المتن وسقوط الذكر والأنثيين إنما يحتاج إليه للتمثيل لعدم النقص ، وسيأتى أنه لو كان القطع بجناية أنه يضمن (قوله فلا يلزمه إلا مانقص) بمعنى أنه يستقر عليه من الثمن بنسبة ذلك النقص ويجعل

كونه بيد البائع كما حكاه الإمام عن ابن سريج وقال إنه من محاسن تفريعاته ، وفى (يده) ولو مدبرا ومكاتبا وأم ولد (نصف قيمته) كما سيذكره آخر الديات . هذا إن لم يكن الجانى غاصبا ، فإن كان كذلك لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو النقص على القولين لاجتماع الشبهين ، فلو كان الناقص بقطعها ثلثى قيمته لزماه النصف بالقطع والسدس باليد العادية . نعم لو قطعها المالك ضمن الغاصب مازاد على النصف فقط كما نقله الأذرعى عن الرويانى ، وقياسه أنه لو قطعها أجنبى استقر عليه الزائد على النصف ، ولو قطع الغاصب منه أصبعا زائدة وبرئ ولم تنقص قيمته لزمه مانقص كما قاله أبو إسحق ويقوم قبل البرء والدم سائل للضرورة ، ولو قطعت يده قصاصا أو حدا فكالآفة كما صححه البلقينى ، والمبعض يعتبر بمافيه من الرق كما ذكره الماوردى ، ففى قطع يده مع ربع الدية أكثر الأمرين من ربع القيمة ونصف الأرش (وسائر الحيوان) أى باقيه ماعدا الآدمى إلا الصيد فى الحرم أو على المحرم لما مر أنه يضمن بمثله للنص تضمن نفسه (بالقيمة) أى أقصاها كما يعلم مما يأتى ، وأجزاؤه بما نقص منها لأنه لايشبه الآدمى بل الجماد ، وحمل كلام المصنف على ماتقرر أولى من تخصيص الأسنوى له بالإجزاء قال :

بنسبة مانقص الخ ، وقوله وإلا أى بأن ألزمناه ، وقوله مع كونه أى ولا قائل به (قوله نصف قيمته) أى بعد الاندمال (قوله فإن كان كذلك) قضية تخصيص الأكثر بالغاصب أن غيره إذا جنى عليه فى يد الغاصب لايضمنه بالأكثر ، وعبارة المنهج وشرحه : إلا إن أتلفت بأن أتلفها الغاصب أو غيره اه . وهى مخالفة لما اقتضاه كلام الشارح فى إتلاف غير الغاصب فتأمل . ويمكن حملها على ماهنا بأن يقال التسوية بين الغاصب وغيره فى أصل الضمان لا فى قدر المضمون به . وحكمه أن غير الغاصب إذا أتلف ضمن بقدر القيمة والغاصب الزائد ، فإن غرم الكل رجع على المتلف بقدر القيمة . ثم رأيت فى سم على منهج مايوافقه (قوله لزمه أكثر الأمرين) هل يطالب الغاصب قبل الاندمال أو هو كغيره ينبغى الثانى ، وقوله لاجتماع الشبهين : أى شبه الحر وشبه المال ، وقوله ضمن الغاصب مازاد ظاهره وإن لم يبق نقص بعد الاندمال ، وفيه نظر لأن الزائد خارج أرش المقدر فهو كأرش غير المقدر الذى لايلزم الغاصب حيث لم يبق نقص بعد الاندمال كما أفاده كلام شرح الروض المار اه سم على حج (قوله لاجتماع الشبهين) أى شبه الحر وشبه البهيمة (قوله نعم لو قطعها المالك) أى ولو تعديا ، وكذا لو قطع الرقيق يد نفسه كما فى شرح الروض ، وقد يقال : الأقرب أنه يضمن أكثر الأمرين لأن جنايته على نفسه فى يد الغاصب مضمونة على الغاصب ، ويفرق بين جنايته على نفسه وجناية السيد عليه فى يد الغاصب بأن السيد جنايته مضمونة على نفسه فسقط ما يقابلها عن الغاصب ، بخلاف جناية العبد فإنها مضمونة على الغاصب مادام فى يده (قوله استقر عليه) أى الغاصب (قوله ويقوم قبل البرء) أى فيعتبر قيمته سليما ذا أصبع زائدة ومجروحا سائل الدم ويجب التفاوت بينهما (قوله قصاصا أوحدا) أى بجناية وقعت منه بعد الغصب ، بخلاف مالو قطعت بجناية فى يد المالك فإنها غير مضمونة لأن المستند إلى سبب سابق على الغصب كالمتقدم عليه (قوله مع ربع الدية) أى المقابل لجزئه الحر (قوله ونصف الأرش) وهو نصف مانقص من قيمته (قوله وسائر الحيوان) مبتدأ وقوله تضمن نفسه خبر (قوله أى أقصاها) أى إن كان غاصبا (قوله على ماتقرر) من شمول كلامه لنفسه وأجزائه

قابضا لمقابله ، فإذا نقص ثلث القيمة يجعل قابضا للثلث ويستقر عليه ثلث الثمن (قوله أى أقصاها) لايناسب ماقدمه أول الفصل من أن مراد المصنف ما هو أعم من الغصب ولا ما سيأتى فى المتن فى المتقوم

لأن ضمان نفسه بالقيمة شارك فيه القن . ووجه مامر أن أجزاءه كنفسه ، بخلاف القن فحمل كلامه على هذا التعميم المختص به ليفرق به بينه وبين القن أولى (وغيره) أى الحيوان من الأموال (مثلىّ ومتقوّم) بكسر الواو وقيل بفتحها (والأصح أن المثلىّ ماحصره كيل أو وزن) إن أمكن ضبطه بأحدهما وإن لم يعتد فيه (وجاز السلم فيه) فما حصره عد أو زرع كحيوان وثياب متقوّم وإن جاز السلم فيه والمعجونات والجواهر ونحوها وكل مامرّ مما يمتنع السلم فيه متقوّم وإن حصره وزن أو كيل ، إذ المانع من ثبوته فى الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته فيها بالتعدى . ولا يرد عليه خلّ التمر فإنه متقوّم مع حصره بأحدهما ، وصحة السلم فيه لأنا نمنع حصره بذلك إذ الماء الذى به صيره مجهولا كذا قيل ، والمعتمد أنه مثلىّ ولا برّ اختلط بشعير فهو مثلىّ مع عدم صحة السلم فيه فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما ، فقد قال الزركشى بمنع رد مثله لأنه بالاختلاط انتقل من المثلىّ إلى المتقوّم للجهل بقدر كل منهما . قلت : وكلامهم مصرح به حيث شرطوا فى المثلى صحة السلم فيه ، فعليه لا إيراد على أن إيجاب رد المثل غير مستلزم كونه مثليا كما يجب رد مثل المتقوّم فى القرض ، ومعيب حبّ أو غيره تجب قيمته كما أفتى به ابن الصلاح

(قوله كنفسه) أى تضمن بالقيمة أى بما نقص اه سم (قوله ليفرق به الخ) فيه مالا يخفى اه سم على حج ، لعل وجهه أنه إذا حمل كلام المصنف على الأجزاء يحصل الفرق بينه وبين القن أيضا لأن الأسنوى يجعل غير القن كالقن فى أن نفسه تضمن بأقصى القيم ، وإذا حمل كلام المصنف على الأجزاء دل على أن القن إنما يفرق بينه وبين غيره فى الأبعاض .

[فرع] أخذ قنا فقال أنا حر فتركه ضمنه ، وأفتى بعضهم فيمن أطعم دابة غيره مسموما فماتت بأنه يضمنها لاغير مسموم مالم يستول عليها ؛ ومن آجر داره إلا بيتا وضع فيه دابته لم يضمن ما أتلفته على المستأجر إلا إن غاب فظن أن البيت مغلق ، وبهذا يقيد ما يأتى قبيل السير من إطلاق عدم الضمان اه حج قوله مالم يستول عليها وينبغى مالم يكن ما أطعمه إياها مضرا بها اه سم (قوله وقيل بفتحها) فيه تأمل اه سم على حج . ولعل وجه التأمل أن تقوّم لازم لأنه مطاوع قومه والوصف من اللازم إنما هو اسم فاعل والمفعول منه لايكون إلا بالصلة ، وليس المعنى هنا على تقديرها (قوله وإن لم يعتد فيه) عبارة سم على منهج : قوله أو وزنا ينبغى شرعا وإلا فالثياب يمكن وزنها تأمل اه . أقول : قوله شرعا لعل المراد ماجرت به عادة أهل الشرع فيه بمثله ، وإلا فالثياب إذا بيعت وزنا لاتمتنع شرعا (قوله مع حصره بأحدهما) أى الكيل والوزن (قوله والمعتمد أنه مثلىّ) خلافا لحج (قوله فهو مثلى) توجيه للإيراد (قوله فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما) أى ويصدق الغاصب فى قدر ذلك إذا اختلفا فيه لأنه الغارم ، ويحتمل وهو الظاهر أن يقال : يوقف الأمر إلى الصلح لأن محل تصديق الغارم إذا اتفقا على شىء واختلفا فى الزائد ، وما هنا ليس كذلك (قوله فقد قال الزركشى) توجيه لقوله ولا يرد (قوله قلت) هو من كلام م ر (قوله فعليه) أى كلام الزركشى (قوله على أن إيجاب رد المثلى) هذا قد يقتضى اعتماد كلام الزركشى والذى فى المنهج الجزم برد المثل والاقتصار فى الجواب على ماذكره الشارح بقوله على أن إيجاب الخ (قوله ومعيب حب)

(قوله فحمل كلامه على هذا التعميم) قد يقال إنه لم يحمله على التعميم لأنه إنما حمله على ضمان النفس وجعل ضمان الأجزاء قدرا زائدا عليه كما لايخفى ، فهو تخصيص عكس ماحمله عليه الأسنوى لاتعميم (قوله وقيل بفتحها) قال الشهاب سم فيه تأمل اه . ولعل وجهه أن اسم المفعول لايصاغ من قاصر (قوله ولا برّ اختلط) عبارة التحفة : وبرّ اختلط بشعير مثلى مع عدم صحة السلم فيه فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما كذا قاله الأسنوى وتبعه جمع ، لكن قال الأذرعى : إنه عجيب ، ومن ثم قال الزركشى : وقد يمنع رد مثله الخ ، فقوله وبر اختلط بشعير مثلى مبتدأ وخبر ،

مع صدق حد المثلى عليه . على أنه يمكن منع صدقه عليه بأنه لايصح السلم فيه بوصف العيب لعدم انضباطه (كماء) ولو حارا كما نقل فى الكفاية عن الإمام جواز بيع الماء المسخن بعضه ببعض ، وإن ذهب فى المطلب إلى كون الحار متقوّما لدخول النار فيه . قال الأذرعى : وبهذا يطرق غيره من المائعات ، ولو ألقى حجرا محمى فى ماء برد فى الصيف فزال برده ففيه أوجه ، أوجهها كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لزوم أرش نقصه ، وهو مابين قيمته باردا وحارا حينئذ (وتراب) ورمل (ونحاس) بضم أوّله أشهر من كسره وحديد وفضة (وتبر) وهو ذهب المعدن الخالص عن ترابه (ومسك) وعنبر (وكافور) وثلج وجمد (وقطن) ولو بحبه كما ذكره الرافعى ولم يستحضره ابن الرفعة فبحث خلافه وصوف وإن نقل عن الشافعى ما يوهم توقفه فى مثليته حيث قال : يضمن بالمثل إن كان له مثل لإمكان حمله على فقد المثل حسا أو شرعا (وعنب) وسائر الفواكه الرطبة كما صححه فى الشرح والروضة هنا وهو المعتمد وإن صحح فى الزكاة نقلا عن الأكثرين تقوّم العنب والرطب (ودقيق) كما فى الروضة هنا ونخالة كما فى فتاوى ابن الصلاح ، وحبوب وأدهان وسمن ولبن ومخيض وخلّ وبيض وصابون وتمر وزبيب ودراهم خالصة أو مغشوشة ومكسرة أوسبيكة (لاغالية ومعجون) لاختلاف أجزائهما مع عدم انضباطها (فيضمن المثلى بمثله) مالم يتراضيا على قيمته لأنه أقرب إلى حقه ، فإن خرج المثلى عن القيمة كما لو أتلف ماء بمفازة ثم اجتمعا بمحل لاقيمة للماء فيه أصلا لزمه قيمته بمحل الإتلاف ، بخلاف ما إذا بقيت له قيمة ولو تافهة لأن الأصل المثل فلا يعدل عنه إلا حيث زالت ماليته من أصلها وإلا فلا ، كما لا نظر عند رد العين إلى تفاوت الأسعار ، ومحله كما

أى ولا يرد معيب الخ (قوله كماء) أى عذب أو مالح لم تختلف ملوحته ، فإن اختلفت ملوحته فمتقوّم لعدم صحة السلم فيه . قوله ولو حارا خلافا لحج (قوله وهذا يطرق غيره من المائعات) أى وقد قالوا فيه إنه مثلى وإن أغلى أيضا سم على منهج (قوله فى ماء برد) ينبغى قراءته بضم الراء بوزن سهل فيشمل ما لو كان ذلك بنفسه أو بفعل فاعل ، وفى المختار برد الشىء من باب سهل وبرّده غيره من باب نصر فهو مبرود وبرّده أيضا تبريدا (قوله وحارا حينئذ) أى فلو رجع بعد صيرورته حارا إلى البرودة لم يسقط الأرش كما فى مسائل السمن ونحوه اهـ سم على منهج فى الفصل الآتى . أقول : وقد يقال قياس ماذكروه فى زوال العيب من أنه لايعدّ معه نقصانا أن لاضمان هنا ، وفرق بينه وبين السمن فإن السمن زيادة فى العين محققة والحرارة ليست كذلك بل هى مجرد عيب ، وزوال العيب يسقط الضمان ، على أنه سيأتى عنه أيضا أن زيادة القيمة مانعة من طلب المثل .

[فرع] قال فى العباب : الملاعق المستوية متقوّمة ، والأصطال المربعة والمصبوبة فى قالب مثلية وتضمن بالقيمة اهـ . ونقل فى تجريده هذا الأخير عن المهمات . وقال فى التجريد : ذكر الماوردى أن الزيتون متقوّم اهـ سم على منهج . وماذكره فى الزيتون قد يخالفه قول الشارح الآتى وسائر الفواكه الرطبة ، وقوله وتضمن بالقيمة قياس ما سيأتى فى الحلىّ أنه يضمن مثل النحاس وقيمة الصنعة من نقد البلد (قوله وسائر الفواكه الرطبة الخ) دخل فيه الزيتون ، وقد ذكرنا عن التجريد مايخالفه ، والظاهر الدخول أخذا من قولهم فى باب الربا بجواز بيع بعضه ببعض ، وأن مافيه دهنية لامائية فجواز السلم فيه أولى من بيع بعضه ببعض (قوله كما صححه فى الشرح) أما التمر والزبيب فمثليان بلا خلاف (قوله وحبوب) أى ولو حبّ برسيم وغاسول (قوله مع عدم انضباطها) أى الأجزاء (قوله لأنه) أى المثل (قوله ولو تافهة) يؤخذ مما سيأتى عن سم أن هذا فيما لامؤنة لنقله وإلا وجبت قيمته (قوله ومحله الخ)

وبتأمل عبارة التحفة يعلم ما فى كلام الشارح (قوله وبيض) الجمع فيه معتبر لأن البيضة الواحدة متقوّمة

يعلم مما يأتى فى قوله ولو ظفر بالغاصب فى غير بلد التلف إلى آخره فيما لا موَنة لنقله وإلا غرّمه قيمته بمحل التلف ، كما لو نقل المالك برا من مصر إلى مكة ثم غصبه آخر هناك ثم طالبه مالكه به بمصر فتلزمه قيمته بمكة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، ولو صار المثلى متقوّما أو مثليا آخر أو المتقوّم مثليا كما لو جعل الدقيق خبزا والسمسم شيرجا والشاة لحما ثم تلف ضمن المثل ساوى قيمة الآخر أم لا مالم يكن الآخر أكثر قيمة فيضمن بقيمته فى الأولى والثالثة ويتخير المالك بمطالبته بأى المثلين فى الثانية ، فعلم أنه لو غصب صاع برّ قيمته درهم فطحنه فصارت قيمته درهما وسدسا فخبزه فصارت درهما وثلثا وأكله لزمه درهم وثلث ، وكيفية الدعوى هنا استحق عليه قيمة خبز درهما وثلثا ، ولو أتلف حليا ضمن الوزن بمثله والصنعة بنقد البلد كما جزم به ابن المقرى وهو المعتمد ، وإن ذكر فى الروضة عن الجمهور ضمان الجرم والصنعة بنقد البلد ولا ربا وإن كان من جنسه لأنه مختص بالعقود (تلف) المغصوب لأن الكلام فيه (أو أتلف ، فإن تعذر) المثل حسا كأن لم يوجد بمحل الغصب ولا حواليه كما مر نظيره فى السلم أو شرعا (كأن لم يوجد المثل) فيما ذكر إلا بأكثر من ثمن المثل (فالقيمة) هى الواجب إذ هو الآن كما لا مثل له (والأصح) فيما لو كان المثل موجودا عند التلف فلم يسلمه حتى فقده كما صرّح به أصله (أن المعتبر أقصى قيمه) أى المثل كما صححه السبكى وهو ظاهر كلام الأصحاب ، وجزم به فى التنبيه وجرى عليه جماعة ، ويؤيده تصحيحهم أقصى القيم من الغصب إلى الإعواز ، خلافا لبعض المتأخرين القائل بأن المراد المغصوب لأن

أى فالتفصيل بين أن يبقى له قيمة ولو تافهة وأن لا إنما هو إذا لم يكن لنقله موَنة وإلا فالواجب القيمة مطلقا م ر اه سم على حج . وقضيته أنه لا نظر لاختلاف الأسعار وهو غير مراد ، ومن ثم صرح فى فصل القرض بأن كلا من اختلاف الأسعار والموَنة عبارة مستقلة ، وعبارة شيخنا الزيادى هنا : المراد بموَنة النقل ارتفاع الأسعار بسبب النقل اه (قوله ضمن المثل) هو ظاهر فى الأولى والثالثة ، بخلاف الثانية فإن كلا من السمسم والشيرج مثلى وليس أحدهما معهودا حتى يحمل عليه ، فلعل المراد ضمن المثل فى غير الثانية ويتخير فيها ..وعبارة سم على حج : قوله ضمن المثل الخ عبارة شرح الروض أخذ المالك المثل فى الثلاثة مخيرا فى الثالث منها : أى مالو صار المثلى مثليا بين المثلين اه . وهو صريح فيما قلناه ، لكن قضية قول شارح المنهج إلا أن يكون الآخر أكثر قيمة فيضمن به فى الثانى أنه إذا صير السمسم شيرجا وكانت قيمة الشيرج أكثر أنه يضمنه شيرجا ، وهو مناف لقوله أيضا والمالك فى الثانى مخير بين المثلين إلا أن يحمل الثانى على ما إذا استوت قيمة المثلين والأوّل مفروض فيما لو زادت قيمة الثانى ، فلا تنافى بين كلاميه لكنه خلاف ما فى شرح الروض وكلام الشارح (قوله ضمن الوزن بمثله والصنعة الخ) ومثله مالو غصب إناء نحاس وأتلفه فيضمن مثل النحاس وقيمة الصنعة : أى عادة لا ما غرمه على المعتمد اه زيادى . ويدخل فى هذا الأسطال المربعة والمصبوبة فى قالب ، وتقدم لسم عن المهمات ما يخالفه (قوله لأنه مختص) أى وما هنا بدل متلف وهو ليس مضمونا بعقد (قوله ولا حواليه) أى فيما دون مسافة القصر كما فى الروض اه سم على حج (قوله إلا بأكثر) أى وإن قلّ (قوله من الغصب إلى الإعواز) أى الفقد للمثل (قوله خلافا لبعض المتأخرين) مراده حج (قوله بأن المراد المغصوب) أى أقصى قيم المغصوب

(قوله كما لو نقل المالك برّا من مصر الخ) هذا عين قول المصنف الآتى ولو ظفر بالغاصب فى غير بلد التلف الخ ، وظاهر أن نقل المالك له من مصر لا دخل له فى الحكم إذ الحكم كذلك وإن لم يحصل النقل المذكور بأن اشتراه مثلا المالك من مكة وغصبه منه آخر هناك كما يعلم من كلام المصنف الآتى (قوله ثم غصبه آخر هناك) أى وأتلفه هناك (قوله ضمن المثل ساوى قيمة الآخر أم لا) أى فى الأولى والثالثة كما يعلم مما يأتى (قوله وأكله)

المغصوب بعد تلفه لاتعتبر الزيادة الحاصلة فيه بعد التلف (من وقت الغصب إلى تعذر المثل) لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه لكونه كان مأمورا برد المغصوب ، فإن لم يفعل غرم أقصى قيمه فى تلك المدة ، إذ مامن حالة إلا وهو مطالب بردها فيها . أما لوكان المثل فيها مفقودا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف ومقابل الأصح عشرة أوجه : الوجه الثانى يعتبر الأقصى من الغصب إلى التلف . والثالث من التلف إلى التعذر . والرابع الأقصى من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها . والخامس الأقصى من انقطاع المثل إلى المطالبة . والسادس الأقصى من التلف إلى المطالبة . والسابع الاعتبار بقيمة اليوم الذى تلف فيه المغصوب . والثامن بقيمة يوم الإعواز . والتاسع بقيمة يوم المطالبة . والعاشر إن كان منقطعا فى جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز وإن فقد فى تلك البقعة فالاعتبار بيوم الحكم بالقيمة (ولو نقل المغصوب المثلى) أو انتقل بنفسه أو بفعل أجنبى فذكر نقله مثال واقتصاره على المثلى لأنه الذى يترتب عليه جميع التفريعات الآتية التى منها قوله طالبه بالمثل وإلا فنقل المتقوّم يوجب المطالبة بردّه أو قيمته (إلى بلد) أو محل (آخر) ولو من بلد واحد إن تعذر إحضاره حالا كما اعتمده الأذرعى أى وإلا فلا يطالبه بالقيمة (فللمالك أن يكلفه رده) إن علم مكانه للخبر المارّ « على اليد ما أخذت » (وأن يطالبه) ولو مع قرب محل المغصوب وأمنه من هربه أو تواريه كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للماوردى ومن تبعه (بقيمته) أى بأقصى قيمه من الغصب إلى المطالبة (فى الحال) أى قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه ، ولهذا امتنع عليه المطالبة بالمثل لثبوت التراد فقد يزيد السعر وينحطّ فيحصل الضرر والقيمة شىء واحد ، ويملكها الآخذ ملك قرض لانتفاعه بها على حكم ردها أورد بدلها عند رجوع العين . وقضيته عدم جواز أخذ أمة تحل له بدلها كما لايحل له اقتراضها ، والأوجه خلافه إذ الضرورة قد تدعوه إلى أخذها خشية من

(قوله وهو مطالب بردّها) أى العين (قوله أما لوكان المثل) محترز قوله فيها لوكان المثل موجودا (قوله عشرة أوجه) الأولى من عشرة أوجه فيكون الأصح أحدها لأن ماذكر أنه مقابل تسعة فقط (قوله أو انتقل بنفسه) أى كما لو نقله سيل أو ريح (قوله إن تعذر إحضاره حالا) أى بحسب العادة وإن استغرق حمله زمنا يزيد على الوقت الذى هم فيه عرفا (قوله من هربه) أى الغاصب (قوله أى بأقصى قيمه) لو زادت القيمة بعد ذلك فينبغى أخذ الزيادة كما فى شرح الروض نقلا عن الأسنوى لأنه على ملكه اهـ سم على حج . وقوله أخذ الزيادة : أى من الغاصب لأن المغصوب باق على ملك مالكه (قوله وقضيته) أى قضية قوله ويملكها الآخذ ملك قرض ، وقوله بدلها : أى القيمة (قوله والأوجه خلافه) أى فيجوز له الأخذ ويحرم عليه الوطء ، وعبارة الزيادى : فلوكانت أمة تحلّ له فهل يمتنع أخذها عن القيمة أخذا من قولهم إنه يملكها ملك قرض واقتراضها ممتنع أو يحلّ له أخذها ويمتنع عليه وطؤها ؟ المعتمد الثانى لأن أخذها حال ضرورة بخلاف القرض اهـ ومع ذلك لو خالف ووطئ لا حدّ عليه ،

ليس بقيد كما يعلم مما يأتى (قوله ومقابل الأصح عشرة أوجه الوجه الثانى الخ) حق العبارة : الوجه الأوّل ، حتى يوافق كون مقابل الأصح عشرة ليس منها الأصح ، والواقع أنها عشرة كما سردها العلامة الأذرعى ، والشارح أدرج وجهين فى وجه وهو الرابع فى كلامه . قال العلامة المذكور : وكلها منقولة خلا الأخير فإن ابن الرفعة استنبطه فى الكفاية ورجع عنه فى المطلب اهـ . وعبر الأذرعى عن المطالبة المذكورة فى كلام الشارح فى أربعة مواضع بالحكم (قوله بدلها) منصوب بأخذ والضمير فيه للقيمة : أى بأن يعتاض الأمة عن القيمة ، وإلا فالقيمة لاتكون إلا من النقد بشرطه ، وانظر إذا رد الغاصب المغصوب فى صورة الأمة هل يرد المالك مثل الأمة أو يردّ القيمة

فوات حقه ، والملك لايستلزم حلّ الوطء بدليل المحرم والوثنية والمجوسية بخلاف القرض ، وتجب أجرة المغصوب وضمان جنايته وزوائده وإن أبق وسلمت القيمة للحيلولة وتكون الأجرة بعد النقص أجرة ناقص . ومعنى كونها للحيلولة وقوع التّرادّ فيها (فإذا ردّه) أى المغصوب أو خرج عن ملكه بعتق منه أو موت فى الإيلاد ، وكالإعتاق إخراجه عن ملكه بوقف أو نحوه (ردها) إن كانت باقية وإلا ردّ بدلها لزوال الحيلولة وليس له مع وجودها رد بدلها قهرا ولو توافقا على ترك التّرادّ فى مقابلتها لم يكف بل لابد من بيع بشرطه . وقضية كلام المصنف أنه ليس للغاصب حبسه لاستردادها وهو مارجحه الرافعى ، كما لايجوز للمشترى فاسدا حبس المبيع لاسترداد ثمنه . وما فرق به غيره من أن المشترى رضى بوضع يده على الثمن بخلاف الغاصب فإنها أخذت منه قهرا ، ردّ بأنه قهر بحق فكان كالاختيار . على أن وجوب الردّ عليه فورا يمنع الحبس مطلقا ، وله الحبس للإشهاد لما مرّ قبيل الإقرار (فإن تلف) المغصوب المثلى (فى البلد) أو المحل (المنقول) أو المنتقل (إليه) أو عاد وتلف فى بلد الغصب (طالبه بالمثل فى أىّ البلدين) أو المحلين (شاء) لتوجه ردّ العين عليه فيهما ، وأخذ الأسنوى منه ثبوت الطلب له فى أىّ موضع شاء من المواضع التى وصل إليها فى طريقه بين البلدين (فإن فقد المثل غرّمه أكثر البلدين قيمة) لذلك ، ويأتى هنا ما بحثه الأسنوى أيضا ، فله مطالبته بأقصى قيم المحالّ التى وصل إليها المغصوب (ولو ظفر بالغاصب فى غير بلد التلف) والمغصوب مثلى والمثل موجود (فالصحيح أنه إن كان لامؤنة لنقله كالنقد) اليسير وكان الطريق آمنا (فله مطالبته بالمثل) لعدم الضرر على واحد منهما حينئذ (وإلا) بأن كان لنقله مؤنة أو خاف الطريق

ولو حملت منه صارت مستولدة ولزمه قيمتها (قوله بخلاف القرض) أى لأن صحته تتوقف على عدم حلّ الوطء فحيث جاز التملك للقيمة جاز أخذ الأمة وإن حلّ وطؤها كما يحل شراؤها وإن امتنع القرض (قوله وتجب أجرة المغصوب) أى على الغاصب (قوله وضمان جنايته) أى المغصوب ، وقوله وإن أبق غاية ، وقوله وسلمت القيمة من جملة الغاية (قوله يعتق منه) أى المالك (قوله أو موت فى الإيلاد) أى فيردّ الوارث إن كانت حية عند موت المورث ، فلو جهل حياتها فهل ترد القيمة لأن الأصل الحياة فيه نظر . وأما لو ماتت قبله فتستقر القيمة اهـ سم على حج . وقول سم فيرد الوارث : أى القيمة التى أخذها مورثه من الغاصب ، وقوله أيضا فيه نظر ولا يبعد عدم الرد لتحقق ضمان الغاصب باستيلائه ولا يسقط إلا بعوده ليد مالكه أو مايقوم مقام العود ولم يوجد واحد منهما (قوله ردها) قال ع : لو زادت زيادة منفصلة فهى للمغصوب منه ويصوّر ذلك بأن يكون أخذ عن القيمة عرضا اهـ . وقوله عرضا : أى كالحيوان (قوله وليس له) أى المالك ، وقوله مع وجودها : أى القيمة وقوله على تركه أى المغصوب ، وقوله فى مقابلتها : أى القيمة (قوله بل لابد من بيع بشرطه) ومنه قدرة المشترى على تسلمه ، وعليه فلو أبق المغصوب فى يد الغاصب ولم يقدر على رده لم يصح شراؤه ، ويحتمل خلافه لتنزيل ضمانه منزلة كونه فى يده (قوله ليس للغاصب حبسه) أى المغصوب (قوله يمنع الحبس مطلقا) أى أخذ بحق أولا (قوله وأخذ الأسنوى) معتمد (قوله فإن فقد المثل) قال فى شرح الروض : أو وجد بزيادة : أى على ثمن مثله ، قال فى شرحه : أو منعه من الوصول إليه مانع اهـ سم على حج . وقول سم أو وجد بزيادة وإن قلت وامتنع الغاصب من بذلها (قوله قيمة) أى والعبرة فى التقويم بالنقد الغالب فى ذلك المحل كما يأتى فى قوله : هذا كله إن لم ينقله (قوله وإلا بأن كان لنقله مؤنة) أى وزيادة قيمة هناك مانع عن المطالبة اهـ سم على منهج (قوله أو خاف الطريق) انظر لما منع الخوف

(قوله والملك لايستلزم حلّ الوطء) صريح فى أنه لايحلّ له وطؤها فليراجع (قوله فإن فقد المثل) ظاهره فى البلدين ، وانظر لوفقد فى أحدهما فقط هل يتعين المثل فى البلد الآخر أو يتخير بين المطالبة به وقيمة البلد الآخر؟ يراجع

(فلا مطالبة له بالمثل) وليس للغاصب تكليفه قبوله لما فيه من المؤنة والضرر . والثانى يطالبه بالمثل مطلقا . والثالث إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل طالبه بالمثل وإلا فلا ، ونقله الأسنوى عن جمع كثير وزعم أن حمل الإطلاق على ذلك التفصيل متعين لانتفاء المعنى وهو الضرر (بل يغرمه قيمة بلد التلف) وإن لم تكن بلد الغصب . ومحل ذلك إن كانت أكثر قيمة المحال التى وصل إليها المغصوب وإلا فقيمة الأقصى من سائر البقاع التى حل المغصوب بها والقيمة المأخوذة هنا للفيصولة ، فإذا غرمها ثم اجتمعا فى بلد الغصب لم يكن للمالك ردها وطلب المثل ولا للغاصب استردادها وبذل المثل (وأما المتقوّم) كحيوان وأبعاضه قنا أو غيره (فيضمنه بأقصى قيمة من الغصب إلى التلف) لمطالبته فى حالة زيادة القيمة بالردّ إذ هو غاصب ، فإذا لم يردّ كان ضامنا للبدل ، بخلاف ما لو ردّه بعد رخصه حيث لم يضمن شيئا لأنه مع بقاء العين متوقع زيادتها ، على أنه لانظر مع وجودها للقيمة أصلا ، وتجب قيمته من غالب نقد بلد التلف ، هذا كله إن لم ينقله ، وإلا اعتبر نقد محل القيمة وهو أكثر المحال التى وصل إليها ، وقد يضمن المتقوّم بالمثل الصورى كما لو تلف المال الزكوىّ فى يده بعد التمكن لأنه لو أخرج مثله الصورى مع بقائه جاز فمع تلفه بالأولى (وفى الإتلاف) لمضمون بلا غصب يضمنه (بقيمة يوم التلف) إذا لم يدخل فى ضمانه قبل ذلك وبعده معدوم لا وجود له ، وضمان الزائد فى المغصوب إنما كان بالغصب وهو مفقود هنا ، هذا إن صلح المحل وإلا كمفازة فقيمة أقرب محل إليه ، ولو أتلف أمة مغنية أو أمرد كذلك لم يلزمه مازاد على قيمتهما بسبب الغناء ، قال فى الروضة لأنه محرّم كما فى كسر الملاهى وهو محمول على غناء يخاف منه

المطالبة مع أن ضرره يعود على المالك وقد رضى ، إلا أن يقال : بل يعود الضرر على الغاصب أيضا ، لأنه لما كان حصوله فى ذلك المكان إنما هو مع الخطر كان كذى المؤنة إذ الخطر ومعاناته كالمؤنة اهـ سم على حج . وقد يقال المراد أن لايطالبه بالرد إلى محله لما فيه من الخطر على الغاصب ، فلا ينافى أنه يطالبه بمثله إن أراد أخذه ثم ، وقد يؤيد هذا مامر فى السلم أنه إذا كان لنقله مؤنة وتحملها المسلم أجبر على التسليم (قوله وليس للغاصب تكليفه قبوله) أى المثل ومثله العين المغصوبة لما ذكر (قوله متوقع زيادتها) أى بالنظر لذاتها وإن قطع بعدمها عادة (قوله وقد يضمن المتقوّم) غرضه منه مجرد الفائدة وإلا فالكلام فى المغصوب . نعم هو محتاج إليه بالنظر لما أوّل به قول المتن فى قوله قبل يد عادية من أن المراد بها الضامنة ، فإن حاصله أن الضمان للمتقوّم بقيمته مغصوبا كان أو غيره فيدخل فيه المال الزكوى بعد التمكن فإنه مضمون على المالك (قوله لأنه لو أخرج) أى المالك (قوله يضمنه بقيمة يوم التلف) دخل فيه المعار والمستام فيضمنان بقيمة يوم التلف ، وتقدم أن كلام حج شامل له . وقال سم عليه :

(قوله وأبعاضه) محله فى الرقيق إن كان أقصى القيم أكثر من مقدر العضو كما مر (قوله إذا لم يدخل فى ضمانه) بمعنى أنه لم تشتغل ذمته ببدله فالمنفىّ ضمان الذمة وإلا فضمان اليد موجود ، وقد تقدم مايوضح هذا فى الشرح فى باب العارية (قوله هذا إن صلح المحل الخ) لم يتقدم لهذه الإشارة مرجع ، ولعله سقط من النساخ ، وهو نحو قوله فى محله عقب قول المصنف بقيمة يوم التلف كما هو كذلك فى التحفة (قوله قال فى الروضة) إلى آخر السوادة إلا قوله بخلاف مالو لم يكن الغناء محرما فيلزمه تمام قيمته ، وكالأمة فى ذلك العبد هو عبارة الروض وشرحه ، لكن صدر الفرع فى الروض وشرحه فيما لو تعلمت الأمة الغناء عند الغاصب ثم نسيته . وعبارتهما فرع : لو تعلمت الجارية المغصوبة الغناء فزادت قيمتها ثم نسيته لم يضمنه . قال فى الأصل : لأنه محرر كما فى كسر الملاهى ، وهو محمول على غناء يخاف منه الفتنة إلى آخر ما فى الشرح ، وعبارة التحفة : ولو أتلف عبدا مغنيا

الفتنة لئلا ينافى ما فى الشهادات من كراهته ، بخلاف مالم يكن الغناء محرما فيلزمه تمام قيمته وكالأمة فى ذلك العبد ، ويفارق صحة بيعها فيما لو اشتراها بألفين وقيمتها ساذجة ألف بأن البيع وقع على نفسها لا على الغناء كما لو اشترى مايساوى درهما بألف ، بخلاف المغصوب فإن الواجب رد العين وقد ردها ، ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح ضمنه غير مهارش أو ناطح ، والأوجه فيما لو استوى فى القرب إليه محال مختلفة القيم تخير الغاصب (فإن جنى) عليه بتعد وهو بيد مالكه أومن يخلفه فى اليد (وتلف بسراية) من تلك الجناية (فالواجب الأقصى أيضا) من وقت الجناية إلى التلف لأن ذلك إذا وجب فى اليد العادية ففى الإتلاف أولى (ولا تضمن الخمر) ولو محترمة لذمى لانتفاء قيمتها كسائر النجاسات . ومثل ذلك الدهن والماء فيما يظهر ، ومراده بالخمر مايشمل النبيذ : قال الماوردى : إلا أنه لايريقه إلا بأمر حاكم مجتهد لئلا يتوجه عليه الغرم عند بعض الأئمة ؛ فإنه عند أبى حنيفة مال وظاهر كما أفاده الشيخ أن الحاكم المقلد لمن يرى إراقته كالمجتهد فى ذلك ، ولا نظر هنا لكون من هو له يعتقد حله أو حرمته ، خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى لأن ذلك إنما هو بالنسبة لوجوب الإنكار لما يأتى أنه إنما يكون فى مجمع عليه أو ما يعتقد الفاعل تحريمه ، وقد قال المصنف : الحشيشة مسكرة ، فعليه يتجه إلحاقها بالخمر فى عدم الضمان كما قاله الأسنوى وغيره ، وما نظر به فيه من أنها طاهرة يصح بيعها فيحمل على ما إذا فوتها على مريد أكلها وانحصر تمويتها فى إتلافها ، يرد بأن الشارع متشوف لإتلاف المسكر فانتفى الضمان فيها حينئذ (ولا تراق) هى فبقية المسكرات (على ذمى) ومثله معاهد ومؤمن فيما يظهر لأنهم مقرون على الانتفاع بها بمعنى أنهم لايتعرض لهم فيه (إلا أن يظهر شربها أو بيعها) أوهبتها أونحو ذلك ولو من مثله بأن يطلع

وهذا فى غير المثلى ، بخلاف ما إذا أتلفه مع وجود مثله ثم فقد فيضمن بالأقصى إلى تلف المثل اهـ (قوله وكالأمة فى ذلك) أى فى ذلك التفصيل بين خوف الفتنة منه وعدمه (قوله ساذجة) أى خالية (قوله والأوجه الخ) متصل بقوله هذا إن صلح الخ (قوله تخيير الغاصب) أى لأنه الغارم . لا يقال : فيه إضرار بالمالك . لأنا نقول : لو فرض أن محل الإتلاف صالح للتسليم وكانت القيمة فيه أقل كانت هى الواجبة فقط (قوله ولو محترمة لذمى) هذا قد يفهم أن الخمر فى يد الذمى قد تكون غير محترمة وليس مرادا بل هى محترمة ، وإن عصرها بقصد الخمرية فلا تراق عليه إلا إذا أظهر بيعها فتراق للإظهار لا لعدم احترامها فى الأصل (قوله ومثل ذلك الدهن) والماء إذا تنجسا (قوله إلا أنه لايريقه) أى النبيذ . والذى يظهر أن مراده أن الأولى أن لايريقه إلا بأمر الحاكم المذكور لا أنه يمتنع : يعنى أمره لأن مجرد خوف الغرم لايقتضى المنع اهـ سم على منهج (قوله وما نظر به) مراده حج . أقول : وهو الأقرب ، ووجهه أنها طاهرة ينتفع بها ويجوز أكلها عند الاحتياج كالدواء ، فإتلافها يفوت ذلك على محتاجها (قوله فيحمل) أى قول الأسنوى (قوله على مريد أكلها) زاد حج المحرم (قوله على ذمى) انظر إراقة النبيذ على الحنفى . وقد يدل إطلاق قوله نعم لاينبغى الخ وقوله ولا نظر الخ أنه يراق عليه اهـ سم على حج (قوله إلا أن يظهر شربها) ومن الإظهار مايقع فى مصرنا كثيرا من شيل العتالين لظروفها والمرور بها فى الشوارع

لزمه تمام قيمته ، أو أمة مغنية لم يلزمه مازاد على قيمتها بسبب الغناء لأنه لحرمة استماعه منها عند خوف الفتنة لاقيمة له . وقضيته أن غناء العبد لوحرم لكونه أمرد حسنا تخشى منه الفتنة ، أو غير أمرد لكنه لايعرف الغناء إلا على وجه محرم كان مثلها فى ذلك اهـ . فالشارح أخذ صدر الفرع من كلام التحفة وشرحه بكلام الروض فلم يصح لعدم تواردهما على شىء واحد كما علمت (قوله والأوجه فيما لو استوى فى القرب الخ) من متعلقات ما قبل مسئلة الأمة فكان اللائق تقديمه هناك (قوله ومثل ذلك الدهن والماء) عبارة التحفة : ككل نجس ولو دهنا وماء

عليه من غير تجسس فتراق عليه ، وآلة اللهو والخنزير مثلها فى ذلك . قال الإمام : وبأن يسمع الآلة من ليس فى دارهم : أى محلتهم ، ومحله حيث كانوا بين أظهرنا وإن انفردوا بمحلة من البلد ، فإن انفردوا ببلد : أى بأن لم يخالطهم مسلم كما هو ظاهر لم نتعرض لهم (وترد عليه) عند أخذها ولم يظهرها (إن بقيت العين) لإقراره عليها ، ومؤنة ردها على الغاصب كما فى الروضة كأصلها وإن نوزع فيه (وكذا المحترمة) وهى التى عصرت لابقصد الخمرية فشمل مالو لم يقصد شيئا على الأصح ، أو قصد الخلية أو شرب عصيرها أو طبخه دبسا ، أو انتقلت له بنحو هبة أو إرث أو وصية ممن جهل قصده ، أو عصرها من لايصح قصده فى العصر كصبى ومجنون ، أو قصد الخمرية ثم مات ، أو عصرها كافر للخمر ثم أسلم . والاتخاذ يكون فى الابتداء بشرط أن لايطرأ بعده قصد يفسده ، فلو طرأ قصد الخمرية زال الاحترام وعكسه بالعكس . وقولهم على الغاصب إراقة الخمر محمول على مالو كانت بقصد الخمرية لعدم احترامها وإلا فلا يجوز له إراقتها وإن قال ابن العماد : إن وجوب إراقتها ظاهر متجه ، لأن العصير لما انقلب عند الغاصب لزمه مثله ، وانتقل حق المالك من العصير الذى قد صار خمرا ولم يوجد من الغاصب قصد صحيح (إذا غصبت من مسلم) يجب ردها مادامت العين باقية إذ له إمساكها لتصير خلا ، أما غير المحترمة وهى ماعصر بقصد الخمرية فتراق ولا ترد عليه ، ومن أظهر خمرا وزعم أنها خمر خل لم يقبل منه كما نقله الإمام عن طوائف ، وإلا لاتخذ الفساق ذلك وسيلة إلى إفشاء الخمور وإظهارها . نعم لو كان معلوم الورع مشهور التقوى قبل منه ، ويؤيده قول الإمام لو شهدت مخايل بأنها محترمة لم يتعرض لها (والأصنام) والصلبان (وآلات الملاهى) كطنبور ومثلها الأوانى المحرمة (لا يجب فى إبطالها شىء) لأن منفعتها محرمة والمحرم لايقابل بشىء

(قوله والخنزير مثلها) أى الخمرة (قوله ولم يظهرها) أى والحال (قوله أو وصية ممن جهل قصده) سيأتى أنها محترمة إذا عصرها بقصد الخمرية (قوله ثم مات) وعليه فالجهل ليس بقيد بالنسبة للإرث ، وقد يقال بمثله فى الهبة والوصية لأنه وإن لم يكن له عليها يد حقيقة لكن حصل نقل اليد الصورية (قوله ومن أظهر خمرا) قضيته أنها لو وجدت فى يده من غير إظهار وادعى ماذكر لاتراق عليه ، وهو مقتضى ماتقدم من أنها إذا جهل حالها لاتراق على من هى بيده ، وقوله وزعم : أى قال (قوله قبل منه) أى أو عرف منه اتخاذ ذلك للخلية (قوله مخايل) أى علامات .

(قوله وبأن يسمع الآلة) كأنه معطوف على قوله بأن يطلع عليه فهو تصوير لاظهار آلة اللهو ثم رأيت كلام والده فى حواشى شرح الروض يعين ماذكرته ، وفى النسخ فى بعض هذه السوادة اختلاف (قوله وهى التى عسرت الخ) عبارة الشيخين : وهى التى اتخذت الخ ، ويناسبها قول الشارح الآتى : والاتخاذ يكون فى الابتداء الخ (قوله لابقصد الخمرية) أى قصدا معتبرا حتى يشمل عصر من لايعتبر قصده ممن يأتى ، ولو قال وهى التى لم يعلم عصرها بقصد الخمرية ليشمل مسئلة الانتقال بنحو الهبة مما يأتى لكان أظهر ، ومع ذلك تخرج عنه المسئلتان الأخيرتان (قوله ممن جهل قصده) ليس بقيد بالنسبة للإرث والوصية كما يعلم مما ذكره بعده ، وانظر هل هو كذلك بالنسبة للهبة (قوله وقولهم على الغاصب الخ) كأنه جواب عن سؤال يرد على المتن (قوله لأن العصير لما انقلب الخ) يتأمل صورة المسئلة إذ صورتها أنه غصب خمرا ، ولعل كلام ابن العماد مفروض فى غير ماهنا فليراجع (قوله وهى ماعصر بقصد الخمرية) أى قصدا معتبرا ولم يطرأ عليه مايوجب احترامه أخذا مما مر والمناسب لما مر وهى التى اتخذت الخ

مع وجوب إبطالها على القادر عليه ، أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها (والأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش) لإمكان إزالة الهيئة المحرّمة مع بقاء بعض المالية (بل تفصل لتعود كما قبل التأليف) لزوال اسمها وهيئتها المحرمة بذلك ، فلا تكفى إزالة الأوتار مع بقاء الجلد اتفاقا لأنها مجاورة لها منفصلة . والثانى لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما يصلح للاستعمال (فإن عجز المنكر عن رعاية هذا الحد) فى الإنكار (لمنع صاحب المنكر) من يريد إبطاله لقوته (أبطله كيف تيسر) ولو بإحراق تعين طريقا وإلا فبكسر ، فإن أحرقها ولم يتعين غرم قيمتها مكسورة بالحدّ المشروع لتؤول رضاضها واحترامه ، بخلاف مالو جاوز الحدّ المشروع مع إمكانه فإنه لا يلزمه سوى التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وقيمتها منهيئة إلى الحد الذى أتى به ، ويجرى ما تقرر من الإبطال كيف تيسر كما فى الإحياء فيما لو عجز عن صبّ الخمر لضيق رؤوس أوانيها مع خشية لحوق الفسقة له ومنعهم من ذلك أو كان يمضى فى ذلك زمانه وتتعطل أشغاله : أى بحيث تمضى مدة فيه يقابل عمله فيها بأجرة غير تافهة عرفا فيما يظهر ، وللولاة كسر ظروفها مطلقا زجرا وتأديبا لا الآحاد ، قاله الغزالى . قال الأسنوى : وهو من النفائس المهمة ، ولو اختلف المالك فى أنه تمكن بدون ذلك أولم يمكنه إلا ما فعله صدّق المتلف فيما يظهر ، بدليل ما سيأتى أن الزوج لو ضرب زوجته وادعى أنه بحق وقالت بل تعديا صدّق بيمينه لأن الشارع لما أباح له الضرب جعله وليا فيه فوجب تصديقه فيه ، وهذا بعينه يأتى هنا ، وما بحثه الزركشى من تصديق المالك لا المتلف أخذا من قول البغوى لو أراقه ثم قال كان خمرا وقال المالك بل عصيرا صدّق بيمينه لأصل المالية يردّ بظهور الفرق ، لأنا قد تحققنا المالية هنا واختلف فى زوالها فصدق مدعى بقائها لوجود الأصل معه . وأما فى مسئلتنا فهما متفقان على إهدار تلك الهيئة التى الأصل عدم ضمانها . فإذا اختلفا فى المضمن صدق المنكر إذ الأصل عدم ضمانه ، وسيأتى فى كتاب السير أنه يجب إزالة المنكر ، ويختص وجوبه بكل مكلف قادر ولو أنثى وقنا وفاسقا . نعم قال الأسنوى : ليس للكافر إزالته ، وجزم بذلك ابن الملقن فى العمدة ويشهد له قول الغزالى فى الإحياء : من شروط

(قوله كدف) أى طار (قوله بخلاف مالو جاوز الحدّ المشروع) قال الزركشى : وينبغى أن يكون محله فى الآحاد ، أما الإمام فله ذلك زجرا وتأديبا على ما قاله الغزالى فى إناء الخمر بل أولى اهـ . شرح الروض . أقول : ومثل الإمام أرباب الولايات كالقضاة ونوّابهم (قوله وللولاة كسر ظروفها مطلقا) أى توقفت إراقة الخمر عليها أولا (قوله صدق بيمينه) الاحتياج لليمين ظاهر إن تكرر الضرب لأنه لو أقرّ به عزر ، أما لو لم يتكرر فقد يقال لا فائدة لليمين ، وإن ثبت عليه ذلك لا يعزر . وقد يقال : فائدته توجه اللوم عليه بحيث ينهاه القاضى عن العود لمثله ، هذا . ومحل تصديقه بالنسبة للتعزير ونحوه لا بالنسبة لسقوط حقها من القسم والنفقة وغيرهما (قوله فوجب تصديقه فيه) قد يقال : لا دلالة فيما يأتى لما صرح به ثم من أن الزوج إنما يقبل قوله فى عدم التعزير لا فى سقوط حقها من النفقة والكسوة وما هنا شبيه بالنفقة والكسوة لأدائه إلى سقوط الضمان ، فكان الأولى تعليل قبول قول المتلف بأن الأصل براءة ذمته (قوله ليس للكافر إزالته) ظاهره ولو بقول أو وعظ نحو لا تزن واتق الله فإن المعصية توجب العقوبة ، وهو ظاهر لما علل به الشارح من أن نهيه عن المنكر استهزاء بالدين فلا يمكن منه ، لكن فى كلام سم ما يأتى جوازه بالقول ، وفى فتاوى السيوطى ما نصه : مسئلة : رجل ذمى نهى مسلما عن منكر فهل له ذلك بناء على أنه مكلف بفروع الشريعة أو لا ؟ الجواب لإنكار المنكر مراتب منها القول كقوله لا تزن مثلا .

(قوله بخلاف مالو جاوز الحدّ المشروع) أى من غير إتلاف ليلائم ما قبله وما بعده

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن يكون المنكر مسلما لأن ذلك نصرة للدين ، فكيف يكون من غير أهله وهو جاحد لأصل الدين وعدوّ له . وزعم بعضهم أن ذلك مفرع على عدم مخاطبة الكافر بالفروع يردّ بأنا إنما منعناه منه لأن فعله لذلك منزل منزلة استهزائه بالدين ، ويثاب عليه المميز كما يثاب البالغ (وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما) من كل منفعة يستأجر عليها (بالتفويت) بالاستعمال (والفوات) وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع كاغلاق الدار (فى يد عادية) لأن المنافع متقوّمة فضمنت بالغصب كالأعيان ، سواء أكان مع ذلك أرش نقص أم لا كما يأتى . فلو كان للمغصوب أجرة متفاوتة فى المدة ضمن كل مدة بما يقابلها ، ولا يتأتى هنا أقصى لانفصال واجب كل مدة باستقراره فى الذمة عما قبله وما بعده بخلاف القيمة ، وتوهم بعضهم استواءهما فى اعتبار الأقصى ، فإن كان له صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها ، وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن ، أما ما لا منفعة له أو كانت مما لا يجوز استئجاره لها كحبة حنطة وكلب وآلة لهو فلا أجرة له . ولو اصطاد الغاصب به فهو له كما لو اصطاد بشبكة أو قوس غصبهما ونصبهما لأنه آلة فقط ، بخلاف مالو غصب رقيقا واصطاد له فإنه يضمن صيده إن وضع يده عليه لأنه على ملك مالكه وأجرته أيضا إذ ربما استعمله مالكه فى غير ذلك ، ولو أتلف ولد دابة تحلب فانقطع لبنها بسببه لزمه مع قيمته أرش نقصها وهو مابين قيمتها حلوبا وقيمتها ولا لبن فيها ، ولو غصب برّا قيمته خمسون فطحنه فصارت عشرين فخبزه فصارت خمسين فأتلفه لزمه ثمانون ، ولا يجبر النقص الحاصل بالطحن بزيادة الخبز لأن صفة الطحن غير صفة الخبز ، كما لو غصب ذا حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أخرى (ولا تضمن منفعة البضع) وهو الفرج (إلا بتفويت) بالوطء فيضمنه بمهر مثلها على التفصيل الآتى آخر الباب لا بفوات لانتفاء ثبوت اليد عليه ، ولهذا صح تزويجه لأمته المغصوبة مطلقا لا إيجارها إن عجز كالمستأجر عن

ومنها الوعظ كقوله اتق الله فإن الزنا حرام وعقوبته شديدة . ومنها السبّ والتوبيخ والتهديد كقوله يافاسق يامن لايخشى الله لئن لم تقلع عن الزنا لأرمينك بهذا السهم . ومنها الفعل كرميه بالسهم من أمسك امرأة أجنبية ليزنى بها وككسره آلات الملاهى وإراقته أوانى الخمور . وهذه المراتب الأربعة للمسلم وليس للذمى منها سوى الأوليين فقط دون الأخريين لأن فيهما ولاية وتسلطا لايليقان بالكافر ، وأما الأوليان فليس فيهما ذلك بل هما مجرد فعل خير . وقد ذكر الأسنوى فى شرح المنهاج أنه فى حفظه أنه ليس للكافر إزالة المنكر حتى بالقول وهى المرتبة الرابعة ، وكذا ذكر الغزالى فى الإحياء . وعلله بأن ذلك نصرة للدين فلا يكون من أهلها من هو جاحد لأصل الدين وعدوّ له ، ثم قال فى أثناء البيان مانصه : فإن قيل فليجز للكافر الذمى أن يحتسب على المسلم إذا رآه يزنى . قلنا : إن منع المسلم بفعله فهو تسليط عليه فنمنعه من حيث إنه تسليط وما جعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ، وأما مجرد قوله لاتزن فليس بممنوع من حيث إنه نهى عن الزنا بل من حيث إنه إدلال للمسلم ، إلى أن قال : بل يقول إن الكافر إذا لم يقل للمسلم لاتزن يعاقب عليه إن رأينا خطاب الكفار بالفروع اه سم على حج . وظاهر كلام الشارح أنه ممنوع مطلقا بالقول والفعل (قوله كما يثاب البالغ) أى فى أصل الثواب لا فى مقداره إذ الصبى يثاب عليه ثواب النافلة (قوله وتوهم بعضهم استواءهما) أى الأجرة والقيمة (قوله تحلب) بضم اللام اه مختار (قوله مع قيمته) أى الولد (قوله إلا بتفويت بالوطء) أى ولو فى الدبر بخلاف استدخال المنىّ (قوله لأمته المغصوبة مطلقا)

(قوله كحبة حنطة) عبارة التحفة كحب ولعلها أولى لإيهام هذه أن عدم الأجرة لحقارة الحبة ، وكأن الشارح عدل عنها لقول الشهاب سم : وما المانع من صحة استئجار الحب لتزيين نحو الحانوت (قوله لزمه ثمانون) أى ثلاثون

انتزاعها لحيلولة يد الغاصب (وكذا منفعة بدن الحرّ) لاتضمن إلا بالتفويت (فى الأصح) دون الفوات كأن حبسه ولو صغيرا لما سيأتى فى السرقة أن الحرّ لايدخل تحت اليد ، ولأنه لو حمله لمسبعة فأكله سبع لم يضمنه فمنافعه تفوت تحت يده ، فإن أكرهه على العمل لزمت أجرته ما لم يكن مرتدا ومات على ردته بناء على زوال ملكه بالردة أو وقفه ، ومنفعة المسجد والمدرسة والرباط كمنفعة الحرّ ، فلو وضع فيه متاعا وأغلقه ضمن أجرة جميعه تصرف لمصالحه ، وإن لم يغلقه ضمن أجرة موضع متاعه فقط وإن أبيح له وضعه أو لم يحصل به تضييق على المصلين أو كان مهجورا لايصلى أحد فيه على مااقتضاه إطلاقهم ، وكذا الشوارع ومنى ومزدلفة وعرفة وأرض وقفت لدفن الموتى كما فى التتمة ، أما إغلاقه من غير وضع متاع به ومنع الناس من الصلاة فيه فلا ضمان عليه فيه لأنه لاتثبت عليه يد ، ومثله فى ذلك البقية ، هذا . والأوجه تقييد ماذكر فى نحو المسجد بما إذا شغله بمتاع لايعتاد الجالس فيه وضعه فيه ولا مصلحة للمسجد فى وضعه فيه زمنا لمثله أجرة ، بخلاف متاع يحتاج نحو المصلى أو المعتكف لوضعه ، وفى نحو عرفة بما إذا شغله وقت احتياج الناس له فى النسك بما لايحتاج إليه ألبتة حتى ضيق على الناس وأضرهم به . ويؤخذ من كلام الغزالى فى غرس الشجرة فى نحو المسجد حيث منع منه لزمه أجرة مثلها أنه لاأجرة لما أبيح وضعه وأنه تلزم الأجرة لما لم يبح وضعه سواء فى ذلك المسجد وعرفة وغيرهما ، ومقابل الأصح ضمانها بالفوات أيضا لأن منافعه تقوم فى العقد الفاسد : أى فى الإجارة فأشبهت منافع الأموال (وإذا نقص المغصوب) أو شىء من زوائده (بغير استعمال) كسقوط يد القن بآفة وعماه (وجب الأرش مع الأجرة) للنقص والفوات ، وتجب أجرته سليما من الغصب إلى حدوث النقص ، ومعيبا من حينئذ إلى رده وإن حدثت الزوائد فى يده ثم نقصت (وكذا لو نقص به) أى بالاستعمال (بأن بلى الثوب) باللبس (فى الأصح) لأن كلا منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . والثانى يجب أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقصان لأنه نشأ من الاستعمال ، وهو مقابل بالأجرة فلم يجب له ضمان آخر . ورد بأن الأجرة غير مقابلة بالاستعمال بل فى مقابلة الفوات .

أى قدر على انتزاعها أولا (قوله وكذا منفعة بدن الحر) .

[فرع] من نقل حرّا قهرا إلى مكان لزمته مؤنة ردّه إلى مكانه الأوّل إن كان له غرض فى الرجوع إليه وإلا فلا اهـ عباب (قوله ومنفعة المسجد) يؤخذ منه أنه لولم يضع فيه شيئا وأغلقه لم تلزمه أجرة كما لو حبس الحرّ ولم يستعمله اهـ سم على حج وسيأتى ذلك فى قول الشارح أما إغلاقه من غيره الخ (قوله وإن أبيح) هى غاية (قوله وكذا الشوارع) أى حكمها ماتقدم (قوله بما إذا شغله بمتاع لايعتاد) أفهم أن شغله بغير ذلك حرام ويجب فيه الأجرة ، ومنه ما اعتيد كثيرا من بيع الكتب بالجامع الأزهر فيحرم إن حصل به تضييق وتجب الأجرة إن شغله بها مدة تقابل بأجرة (قوله أنه لا أجرة لما أبيح وضعه) شمل ذلك مالو دخل بمتاع يبيعه فى المسجد فوضعه فيه ولم

بالنقص وخمسون بالتلف (قوله دون الفوات) شمل مالو كانت منافعه مستحقة للغير بنحو إجارة أو وصية بها قبل عتقه وتوقف فيه الأذرعى (قوله كأن حبسه) هو مثال للفوات ، ومثال التفويت يأتى فى قوله فإن أكرهه الخ (قوله وكذا الشوارع الخ) وتصرف الأجرة فى مصالح المسلمين كما صرح به فى التحفة (قوله حيث منع منه لزمه أجرة مثلها) هو بدل من كلام فى قوله ويؤخذ من كلام الغزالى وقوله أنه لا أجرة هو المأخوذ .

(فصل)

فى اختلاف المالك والغاصب وضمان المغصوب وما يذكر معهما

لو (ادّعى) الغاصب (تلفه وأنكر المالك) ذلك (صدق الغاصب بيمينه على الصحيح) لاحتمال كونه صادقا ويعجز عن البينة ، فلو لم نصدقه لأدى إلى تخليد حبسه . والثانى يصدّق المالك بيمينه لأن الأصل بقاؤه ، وقضية التوجيه كما قاله الزركشى تصوير ذلك بما إذا لم يذكر سببا ، فإن ذكره وكان ظاهرا حبس حتى يقيم بينة به كالمودع (فإذا حلف) الغاصب (غرمه المالك) بدل المغصوب من مثل أو قيمة (فى الأصح) لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب . والثانى لا ، لبقاء العين فى زعمه (ولو اختلفا فى قيمته) بعد اتفاقهما عن الهلاك أو حلف الغاصب عليه (أو) اختلفا فى (الثياب التى على العبد المغصوب أو فى عيب خلقى) كأن قال الغاصب ولد فاقد الرجل أو أعمى وقال المالك كان سليما وإنما حدث عندك (صدق الغاصب بيمينه) فى ذلك

يحصل به تضييق على المصلين فلا أجرة عليه لإباحة وضعه له حينئذ، وقوله لما لم يبح وضعه الخ يدخل فيه مالو ضيق على المصلين فإنه يحرم وضعه فيه ، فإن وضعه مدة تقابل بأجرة لزمته وإلا فلا .

[فائدة] ذكر الرافعى فى تاريخ قزوين ما هو صريح كما بينته ثم أيضا فى جواز وضع مجاورى الجامع الأزهر خزائنهم فيه التى يحتاجونها لكتبهم ولما يضطرون لوضعه فيها من حيث الإقامة لتوقفها عليه دون التى يجعلونها لأمتعتهم التى يستغنون عنها ، وإطلاق بعض المتأخرين الجواز رددته عليهم ثم أيضا اه حج . وقوله ولما يضطرون الخ يعلم منه أنه لايجوز وضعها لإجارتها ولو لمن يحتاج إليها ، وإن وقع ذلك لايستحق الأجرة على الساكن لأنها موضوعة بغير حق .

(فصل) فى اختلاف المالك والغاصب

(قوله وضمان المغصوب) أى زيادة على ماتقدم ، وإلا فقد سبق أن المثلى يضمن بمثله والمتقوّم بأقصى قيمة (قوله أو قيمة فى الأصح) وله إجباره على قبول البدل منه لتبرأ ذمته اه حج . أقول : ينبغى أنه يجبر على ذلك أو الإبراء (قوله بعد اتفاقهما على الهلاك) قال فى التجريد مانصه : إذا اختلفا فى قيمة المغصوب التالف فالبينة على المالك ، ويجوز للشاهد اعتماد الرؤية السابقة ، ويكفى عند أبى إسحق شاهد ويمين وشاهد وامرأتان ، وعند ابن أبى هريرة لامدخل للنساء فيه ، واقتصر فى الأنوار على الثانى اه سم على حج . وقوله لامدخل للنساء كتب عليه شيخنا الشوبرى: هذا لامحيص عنه اه . أقول: وقد يتوقف فيه بأنه خارج من قواعدهم فى جميع الأبواب من أنّ المال يكفى فيه رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل ويمين ، فانظر ما وجه خروج هذا ، ولعل وجهه أن ماهنا ليس شهادة على نفس المال بل على قيمته وهى تطلع عليه الرجال غالبا ، والتقويم ليس من المال . قال سم على حج : وبقى مالو لم يعين فى حلفه من التلف فهل تجب الأجرة بجميع الزمن السابق على الحلف دون مابعده أم كيف الحكم اه ؟ أقول : والأقرب تصديق الغاصب فى الزمن الذى عينه لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة (قوله أو حلف الغاصب عليه) أى الهلاك

لأن الأصل براءة ذمته فى الأولى من الزيادة وعلى المالك البينة . فإن أقام المالك بينة على أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب من غير تقدير سمعت وكلف الغاصب الزيادة على ماقاله إلى حد لاتقطع البينة بالزيادة عليه ، وإن أقامها على الصفات ليقوّمه المقوّمون بها لم تقبل. نعم يستفيد المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقدارا حقيرا لايليق بتلك الصفات وصار كما لو أقر الغاصب بالصفات وذكر قيمة حقيرة فيؤمر بالزيادة إلى حد اللائق ، وإن أقامها بقيمته قبل الغصب لم تسمع على الصحيح ولأن يد الغاصب فى الثانية على العبد وما عليه . أما الحر فلا يثبت على نحو غاصبه يد كما مر ، ولأن الأصل فى الثالثة العدم وإقامة البينة ممكنة (وفى عيب حادث) بعد تلفه كأن قال الغاصب كان أقطع أو سارقا (يصدق المالك بيمينه على الصحيح) لأن الأصل والغالب السلامة ، والثانى يصدّق الغاصب لأن الأصل براءة ذمته . فإن رده الغاصب معيبا وقال غصبته هكذا وادّعى المالك حدوثه عنده صدق

(قوله سمعت) أى بخلاف الدعوى فى هذا وغيره فإنها لابد أن تكون بقدر معين نبه عليه السبكى اه سم على منهج . أقول : وعليه فتصوّر المسئلة هنا بأن يدعى المالك الزيادة على ماذكره الغاصب بقدر معين فتشهد البينة بأن قيمته تزيد على ماذكره الغاصب من غير تعيين شىء (قوله لاتقطع البينة) أى بأن تجوز الزيادة وعدمها (قوله وإن أقامها) أى المالك (قوله بإقامتها) أى على الصفات (قوله وصار) أى الحال بعد إقامة الخ (قوله إلى الحد اللائق) أى فإن امتنع من ذلك حبس عليه (قوله وإن أقامها هو) وقوله السابق وإن أقامها على الصفات مقابلان لقوله أوّلا : فإن أقام المالك بينة على أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب الخ (قوله لم تسمع) أفهم على أنها لو شهدت على أن قيمته بعد الغصب كذا قبلت ، وعليه يحمل كلام التجريد السابق (قوله على العبد وما عليه) ومن ثم لو غصب حرّا أو سرقه لم تثبت يده على ثيابه فيصدق الولى أنها لموليه حج : أى بلا يمين فتبقى تحت يده من غير استعمال لها ، وكتب عليه سم قال فى شرح الروض : فينتظر بلوغ الصبى ليحلف اه ومثله إفاقة المجنون فينتظر ، فإن امتنع بعد البلوغ والإفاقة من الحلف ردت اليمين على الغاصب وقضى له بها ، فإن أيس من إفاقة المجنون فهل ترد اليمين على الغاصب فيقضى له بما ذكره أولا ويوقف الأمر ؟ فيه نظر (قوله أما الحر الخ) أى وأما المبعض البالغ لو اختلف هو والغاصب فى الثياب التى عليه فينبغى تصديق المبعض فيما يقابل الحرية وتصديق الغاصب فيما يقابل الرق . وأما الصبىّ فينبغى أيضا أن يوقف الأمر فيما يخص الحرية إلى البلوغ ثم يحتمل تخصيص ماذكر بمن بينه وبين سيده مهايأة ، ويحتمل وهو الظاهر أنه لافرق لأن اليد للمبعض على ثيابه المنسوبة إليه لافرق فى ذلك بين نوبة السيد ونوبته (قوله فلا يثبت على نحو غاصبه يد) الأولى فلا يثبت لنحو غاصبه على ماعليه يد ، ولعل الأصل لايثبت عليه لنحو الخ ، ويمكن بقاؤها على ظاهرها وتصوّره بما لو غصب حرّا وعليه ثياب وبليت تحت يد المغصوب فلا يطالب الغاصب بها حينئذ (قوله والغالب) عطف تفسير (قوله فإن رده) محترز قوله بعد تلفه (قوله معيبا) .

(قوله وإن أقامها على الصفات الخ) عبارة التحفة : ولا تسمع : أى لاتقبل لإفادة ما يأتى أنه يصغى إليها بالصفات لاختلاف القيمة مع استوائها ، لكن يستفيد بإقامتها إبطال دعوى الغاصب بقيمة حقيرة الخ . وقوله بالصفات متعلق بقوله ولا تسمع ، وقوله لإفادة علة لتفسير نفى السماع بنفى القبول (قوله أما الحر الخ) عبارة التحفة : ومن ثم لو غصب حرّا أو سرقه لم تثبت يده على ثيابه فيصدق الولى أنها لموليه

الغاصب إذ الأصل براءة ذمته مما يزيد على تلك الصفة ، وما قيل من عدم تقييد ذلك برد المغصوب إذ لو تلف فالحكم كذلك أخذا من التعليل المذكور ومن مسئلة الطعام الآتية ردّ بأن الغاصب فى التلف قد لزمه الغرم فضعف جانبه بخلافه بعد الرد ، ولو غصب ثوبا ثم أحضر للمالك ذلك وقال هذا الذى غصبته منك وقال المالك بل غيره جعل المغصوب كالتالف على ما اعتمده البلقينى فيلزم الغاصب القيمة ، فإذا قال المالك غصبت منى ثوبا قيمته عشرة وقال الغاصب هو هذا الثوب وقيمته خمسة لزم الغاصب للمالك خمسة ، هذا . والأوجه أنه مقرّ بثوب لمن ينكره فيبقى فى يد المقر ويحلف أنه لم يأخذ سواه (ولو رده) أى المغصوب (ناقص القيمة) بسبب الرخص (لم يلزمه شىء) لبقائه بحاله والفائت رغبات الناس (ولو غصب ثوبا) مثلا (قيمته عشرة) مثلا (فصارت بالرخص درهما ثم لبسه) مثلا (فأبلاه فصارت نصف درهم فرده لزمه خمسة وهى قسط التالف من أقصى القيم) لأن الناقص باللبس نصف الثوب فيلزمه قيمته أكثر ماكانت من الغصب إلى التلف ، وهو فى المثال المذكور خمسة والنقصان الباق وهو أربعة ونصف سببه الرخص وهو غير مضمون ، ويجب مع الخمسة أجرة اللبس كما علم مما مر ، ولو عادت العشرة باللبس إلى خمسة ثم بالغلاء إلى عشرين لزمه رد خمسة فقط ، وهى الفائتة باللبس لامتناع تأثير الزيادة الحاصلة بعد التلف بدليل أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم الزيادة ، ولو اختلف المالك والغاصب فى حدوث الغلاء قبل التلف باللبس فقال المالك حدث قبله وقال الغاصب بل بعده صدق الغاصب بيمينه لأنه الغارم (قلت : ولو غصب خفين) أى فردى خف فكل واحد يسمى خفا (قيمتهما عشرة فتلف أحدهما ورد الآخر وقيمته درهمان أو أتلف أحدهما) فى يده (غصبا) له فقط فأتلف معطوف على غصب (أو فى يد مالكه

[فرع] لو حم العبد عنده فرده محموما فمات بيد المالك غرم جميع قيمته ، بخلاف المستعير إذا حمّ العبد فى يده كذلك فمات بيد المالك فإنه يغرم مانقص فقط مر اه سم على منهج . أقول : ولعل الفرق بينهما التغليظ على الغاصب ومن ثم ضمن بأقصى القيم ، بخلاف المستعير فإنه إنما يضمن بقيمته يوم التلف ولا نظر إلى ماقبله ، فكما أنهم لم ينظروا لما قبل وقت التلف لم ينظروا إلى مابعد الرد (قوله وما قيل من عدم تقييد ذلك) أى تصديق الغاصب (قوله ثم أحضر للمالك ذلك) أى ثوبا ، ولو عبر به كان أولى (قوله فيلزم الغاصب القيمة) أى التى يدّعيها وهو تفريع على ما اعتمده البلقينى (قوله ويحلف أنه لم يأخذ الخ) أى ولا شىء عليه للمقر له ، وقد يتوقف فيه بأن الغصب ثابت باتفاقهما ، ودعوى المالك أنه ثوب آخر لاتسقط حق المالك . قال سم ببعض الهوامش : وهو فاسد لأنه بإنكار المالك وحلفه سقط حقه من هذا الثوب ويحلف الغاصب أنه لم يأخذ غيره انتفى لزوم غيره فلم يبق فى جهة الغاصب شىء لامن المدعى به لحلف المالك أن الثوب المدفوع له ليس ملكه ولا من غيره لحلف الغاصب على نفيه (قوله ثم لبسه) خرج به مالو لبسه قبل الرخص فأبلاه ثم رخص سعره فأرشه مانقص من أقصى قيمه وهو العشرة (قوله فصارت نصف درهم) لو صارت قيمته بالرخص خمسة ثم لبسه فصارت قيمته درهمين لزمه ستة دراهم لأنها ثلاثة أخماس التالف من أقصى قيمه (قوله الحاصلة بعد التلف) أى التلف لما ذهب من أجزائه بسبب اللبس كأن صار خلقا بعد أن كان جديدا (قوله فكل واحد يسمى خفا) لايظهر هذا التفريع ، بل الذى يظهر أن الخف اسم لمجموعهما وأن الواحدة فردة خف لا خف (قوله أو أتلف أحدهما) يجوز

(قوله مما يزيد على تلك الصفة) لعل على هنا تعليلية : أى مما يزيد من الغرم لأجل تلك الصفة ، وعبارة التحفة : لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة .

لزمه ثمانية فى الأصح ، والله أعلم) خمسة للتالف وثلاثة لأرش ماحصل من التفريق عنده فالثمانية قيمة ماتلف أو أتلفه وأرش التفريق الحاصل بذلك ، والثانى يلزمه درهمان قيمة ماتلف أو أتلفه ، واحترز بقوله فى يد مالكه عما لو أتلفه فى يد الغاصب فلا يلزمه سوى درهمين وهما قيمته وحده ، ونبه بالخفين على إجراء الخلاف فى كل فردين لايصلح أحدهما بدون الآخر كزوجى النعل ومصراعى الباب ، وأجراه الدارمى فى زوجى الطائر إذا كان يساوى مع زوجه أكثر ، واتفقوا على أنه لايقطع بسرقة أحدهما إذا لم يبلغ أحدهما نصابا وإن ضمناه إياه لأنه كان نصابا فى الحرز حال الاتصال ونقص بالتفريق حال الإخراج فضمناه لأنه يضمن الأقصى مع وضع اليد ولم نقطعه اعتبارا بحالة الإخراج (ولو حدث) فى المغصوب (نقص يسرى إلى التلف بأن) بمعنى كأن (جعل) الغاصب (الحنطة هريسة) أو الدقيق عصيدة أو صب الماء فى الزيت وتعذر تخليصه أو وضع الحنطة فى مكان ندىّ فتعفنت عفنا غير متناه (فكالتالف) إذ لو تركه بحاله فسد فكأنه هلك فيغرم بدل جميع المغصوب من مثل أو قيمة (وفى قول يردّه مع أرش النقص) قياسا على التعييب الذى لايسرى ، وقيل يتخير بين الأمرين ، وعلى الأول يملك الغاصب ذلك إتماما للتشبيه بالتالف لأنه غرم للمالك مايقوم مقام الحنطة من كل وجه كما جزم به المصنف فى نكته ، ورجحه ابن يونس وهو مقتضى كلام الإمام وصححه السبكى ، وقيل يبقى للمالك لئلا يقطع

بناء أتلف للفاعل ونصب غصبا على الحال منه : أى غاصبا أو ذا غصب أو على الحال من المفعول : أى أحدهما أى مغصوبا أو ذا غصب ، وهذا أوفق بجعل « أو » فى يد مالكه عطفا على الحال : أى أوحال كونه أو أحدهما فى يد مالكه ، وقوله عطفا على غصب : أى لا على تلف لئلا يلزم تصوير ذلك بما إذا غصبهما ، وقوله غصبا بأن غصب أحدهما فأتلف أو تلف اهـ سم على حج . أقول : لكن يرد على قراءته مبنيا للمفعول أنه يصدق بما لو كان المتلف له وهو فى يد الغاصب غيره مع أن الذى يلزمه فى هذه درهمان لا ثمانية (قوله لزمه ثمانية) يؤخذ منه جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى مالو مشى شخص على فردة نعل غيره فجذبها صاحب النعل فانقطعت ، وذلك أنه يقال : تقوّم النعل سليمة هى ورفيقتها ثم يقومان مع العيب وما نقص يقسم على الماشى وصاحب النعل ، فما يخص صاحب النعل يسقط لأن فعله فى حق نفسه هدر ، وما يخص الآخر مضمون عليه (قوله عما لو أتلفه) أى الشخص ، وقوله فلا يلزمه : أى المتلف (قوله سوى درهمين) أى والباقى على الغاصب . وقضيته أنه لافرق فى ذلك بين كون الغاصب غصب واحدة فقط وبين كون غصبهما معا ، وهو ظاهر فى الأولى لأن التفريق حصل بفعل الغاصب ، وأما الثانية فقد يتوقف فيها بأن التفريق والإتلاف كلاهما من فعل المتلف (قوله فى زوجى الطائر) أى فى إتلاف أحد زوجى الخ وسمى كل زوجا لاقترانه بصاحبه (قوله يسرى إلى التلف) هذا يخرج نحو جعل عسل القصب سكرا لأنه لايسرى إلى التلف مر اهـ سم على حج : أى فهو باق على ملك صاحبه فيرده مع أرش نقصه إن نقص ، ومثله مالو جعل اللحم قديدا أو ذبح الحيوان فصيره لحما (قوله وعلى الأول) هو قوله وكالتالف الخ (قوله وقيل يبقى للمالك) يتأمل الفرق بين هذا وبين قول المصنف : وفى قول يرده مع أرش النقص فإنه لامعنى لتبقيته للمالك ، إلا أنه يترك له بحاله إذا لم ينقص ومع الأرش إن نقص ، وهذا عين القول الثانى فى كلام

(قوله ماحصل من التفريق عنده) لعل المراد عند التلف (قوله وقيل يبقى للمالك) أى مع أخذه للبدل كما هو صريح السياق ، وبهذا يحصل الفرق بين هذا وبين قول المتن وفى قول يردّه مع أرش النقص ، وهذا ظاهر وإن

الظلم حقه ، وكما لو قتل شاة يكون المالك أحق بجلدها لكن فرق بينهما بأن المالية هنا باقية وفى مسئلة جلد الشاة غير باقية ، ومعنى ملك الغاصب لما ذكر أنه يملكه ملكا مراعى بمعنى أنه يمتنع عليه أن يتصرف فيه قبل غرم القيمة ، وأشار المصنف بالتمثيل إلى أن صورة المسئلة إذا حدث النقص بفعل الغاصب ، فلو حدث فى يده كما لو تعفن الطعام بنفسه أخذه المالك مع الأرش ، أما ما لايسرى إلى التلف فيجب أرشه كما مر ، وسيأتى الكلام على خلط مثلى بمثله (ولو جنى) الرقيق (المغصوب) فى يد غاصبه (فتعلق برقبته مال) ابتداء أو للعفو عنه (لزم الغاصب تخليصه) إذ هو نقص حادث فى يده فكان ضامنا له (بالأقل من قيمته والمال) الواجب بالجناية ، لأن الأقل إن كان القيمة فهو الذى دخل فى ضمانه أو المال فلا واجب غيره ، ويجب عليه أيضا أرش ما اتصف به من العيب وهو كونه جانيا على ماذكره الرافعى فى البيع (فإن تلف) الجانى (فى يده) أى الغاصب (غرمه المالك أقصى القيم) من الغصب إلى التلف كسائر الأعيان المغصوبة (وللمجنى عليه تغريمه) أى الغاصب لأن جناية المغصوب مضمونة عليه (و) له (أن يتعلق بما أخذه المالك) من الغاصب بقدر حقه إذ حقه كان متعلقا

المصنف (قوله بأن المالية هنا) أى فيما لو حدث فى المغصوب نقص الخ (قوله قبل غرم القيمة) أى فلو عجز عن القيمة وأشرف على التلف فينبغى أن يرفع الأمر إلى القاضى ليبيعه ويدفع قيمته من ثمنه للمالك ، فإن فقد القاضى احتمل أن يتولى المالك بيعه بحضرة الغاصب أو الغاصب بحضرة المالك ويأخذ المالك قدر القيمة من ثمنه ، فإن فضل شيء فللغاصب لأنه يقدّر دخوله فى ملكه قبيل التلف ، فالزيادة إنما حدثت فى ملكه وبهذا يفارق ما يأتى فى الفصل الآتى فيما لو كانت الزيادة أثرا من أنه لاشيء له لعدم ملكه ، فإن فقد المالك تولى الغاصب بيعه وحفظ ثمنه لحضور المالك . وبقى مايقع فى بلاد الأرياف من الطعام المسمى بالوجبة ومن الولائم التى تفعل بمصرنا من مال الأيتام القاصرين ، ومعلوم أن حكمه حكم الغصب فهل بوضعه فى فمه يصير كالتالف وإن لم يمضغه أولا يصير كذلك إلا بالمضغ ؟ وعلى الأوّل فهل يمتنع عليه بلعه قبل دفع القيمة ، فإن قيل بذلك ولم يكن معه ، فهل يلفظه من فيه أو يبلعه وتثبت القيمة فى ذمته أو يلفظه ويردّه لصاحبه مع غرامة أرش النقص أم كيف الحال ؟ والأقرب أنه يمتنع عليه البلع قبل غرمه القيمة ، فإن لم يغرمها وجب عليه لفظه من فيه وردّه لمالكه مع غرامة أرش النقص (قوله وأشار المصنف بالتمثيل) أى بقوله بأن جعل الخ (قوله فلو حدث فى يده) فيه إشعار بأن المراد بالغاصب أعم من أن يكون حقيقة أو حكما فيشمل من أثبتت يده على يد الغاصب ، ومنه ما لو باشر الفعل الذى يسرى إلى التلف أجنبى وهو بيد الغاصب (قوله أخذه المالك مع الأرش) قال فى شرح الروض: ولم يجعل كالتالف بنظير مامر لأن النقص هنا حصل بلا جناية بخلافه ثم ، وعلى هذا لو صار المغصوب هريسة بنفسه أخذه المالك مع الأرش اهـ . بقى مالو صار هريسة بنفسه بواسطة وقوعه فى قدر على النار فيه ماء للمالك فهل يشارك المالك بنسبة مائه اهـ سم على حج . أقول : القياس المشاركة (قوله أو للعفو عنه) أى لأجل العفو الخ (قوله لزم الغاصب تخليصه) أى فلو لم يخلصه وبيع أخذ المالك من الغاصب مابيع به فقط لا أقصى قيمه لما يأتى فى قوله وما صوّبه البلقينى الخ ، ويحتمل أن يغرمه أقصى قيمه من وقت الغصب إلى البيع ، ويفرق بينه وبين مسئلة البلقينى بأن فيها ردا للمالك ، وإنما وقع البيع بعد حصوله فى يد المالك ، بخلافه هنا فإن العين بيعت فى يد الغاصب فنزلت منزلة التالفة لعدم عودها ليد مالكها (قوله ويجب عليه) أى الغاصب (قوله وللمجنى عليه تغريمه)

توقف فيه الشيخ فى حاشيته (قوله قبل غرم القيمة) أى أو المثل

بالرقبة فيتعلق ببدلها ، ومن ثم لو أخذ المجنى عليه الأرش لم يتعلق المالك به (ثم) إذا أخذ المجنى عليه من تلك القيمة حقه (يرجع المالك على الغاصب) بما أخذه منه المجنى عليه لأنه أخذه منه بجناية مضمونة على الغاصب وأفهم تعبيره بثم عدم رجوعه قبل أخذ المجنى عليه منه لاحتمال أنه يبرئ الغاصب وبه صرح الإمام . نعم له مطالبته بالأداء كما يطالب به الضامن المضمون قال ابن الرفعة (ولو ردّ العبد) أى القن الجانى (إلى المالك فبيع فى الجناية رجع المالك بما أخذه المجنى عليه على الغاصب) لأن الجناية حصلت حين كان مضمونا عليه ، وما صوّبه البلقينى من أنه لو أخذ الثمن بجملته مثلا وكان أقل من أقصى القيم رجع المالك على الغاصب بالأقصى لا بما بيع به فقط غير ظاهر وإن بسطه واستشهد له ، إذ لا نظر للأقصى عند رد العين وإنما ذاك عند تلفها فى يد الغاصب ولم يوجد هنا ذلك فهو نظير مامر فى الرخص . ولا يقال : إن بيعه لسبب وجد بيد الغصب ينزل منزلة تلفه فى يده للفرق الظاهر بينهما (ولو غصب أرضا فنقل ترابها) بكشط عن وجهها أو حفرها (أجبره المالك على ردّه) إن كان باقيا ولو غرم عليه أضعاف قيمته وإن فرض أن لا قيمة له (أو ردّ مثله) إن تلف لما مر من أنه مثلى ، وليس له رد المثل إلا بإذن المالك لأنه فى الذمة فلا بدّ فيه من قبض المالك له حتى يبرأ منه (و) على (إعادة الأرض كما كانت) من ارتفاع وضده لإمكانه ، فإن لم يمكن إلا بإعادة تراب آخر لزمه ذلك إن أذن له المالك ، فإن تعذر ذلك غرم أرش النقص وهو مابين قيمتها بترابها وقيمتها بعد نقله عنها كما نص عليه فى الأم ، ومحل مامرّ مالم يكن المأخوذ من القمامات وإلا ففى المطلب أنه لا يتعلق بها ضمان عند تلفها لأنها محقرة ، ومقتضى كلامه وجوب ردها مادامت باقية وهو كذلك كما صرح به الأسنوى (وللناقل) للتراب (الرد) له (وإن لم يطالبه المالك) به بل وإن منعه كما فى المطلب عن الأصحاب ، وجرى عليه ابن المقرى (إن) لم يتيسر نقله لموات و (كان له فيه غرض) كأن ضيق ملكه أو ملك

أى الأقل من الأرش وقيمته يوم الجناية كما فى شرح الروض اهـ سم على حج (قوله لاحتمال أنه) أى المجنى عليه (قوله نعم له) أى المالك ، وقوله مطالبته : أى الغاصب (قوله بالأداء) أى للمجنى عليه (قوله من أنه لو أخذ الثمن) أى من المجنى عليه ، وقوله وإنما ذاك : أى النظر للأقصى عند الخ (قوله ولم يوجد) أى التلف (قوله للفرق الظاهر) وهو أن العين هنا ردت إلى يد المالك ، فالبيع وإن كان بسبب سابق لكنه مع قيام صورة العين بصفتها وكان إلحاقه بالرخص أظهر من إلحاقه بالتلف (قوله رد مثله) قال فى شرح الروض : فإن تعذر رد مثله غرم المثل اهـ سم على حج وسيأتى للشارح (قوله حتى يبرأ منه) قد يقال : مجرد إذن المالك ليس قبضا اهـ سم على حج . أقول : قد يقال تسومح فيه للزوم الرد له فنزل إذنه منزلة قبضه ، على أنه قد يقال : ردّ المثل بإذن المالك إلى موضعه ينزل منزلة وضع الدين بين يدى مالكه بحيث يتمكن من أخذه وقد عدوا ذلك قبضا تبرأ به ذمة المدين (قوله إن أذن له المالك) أى وبعد إذنه يرد مثله عند الإطلاق فإن عين له شيئا تعين (قوله فإن تعذر ذلك) أى إما لعدم رضا المالك أو لفقد المثل (قوله مالم يكن المأخوذ من القمامات) قضية التقييد بما ذكر أنه يجب رد مثل التراب إذا تلف وإن لم يكن له قيمة ، وقياس مامر فى نحو حبتى البرّ من كل مالا يتموّل من عدم الضمان عدم وجوب رد المثل هنا إذا لم يكن له قيمة ، اللهم إلا أن يقال : لما كان رده طريقا إلى دفع نقص الأرض نزل منزلة ماله قيمة (قوله لأنها محقرة) الأولى التعليل بأنها لا قيمة لها إذ مجرد كونها محقرة لا يقتضى عدم ضمانها (قوله ومقتضى كلامه وجوب ردها) أى القمامات (قوله وهو كذلك) هو ظاهر حيث لم تنقص قيمة الأرض بأخذها ، وإلا فالقياس وجوب أرش النقص كما هو معلوم من نظائره (قوله وكان له فيه غرض) هذا العطف يوهم أنه لو تيسر نقله إلى موات ولكن دخل الأرض نقص يزول بردّه لم يردّه ، وسيأتى خلافه فى قوله أو حصل فى الأرض نقص وكان الخ ، ثم رأيت فى سم على حج مانصه : قوله إن لم يتيسر نقله لموات الخ اشتراط

غيره أو نقله لشارع وخشى منه ضمانا أو حصل فى الأرض نقص وكان يزول بالرد ولم يبرئه منه لدفع الضرر عنه ، وإنما لم يجز له رفء ثوب تخرق عنده لأنه لايعود به كما كان ، فإن تيسر نقله لنحو موات فى طريقه ولم تنقص الأرض لولم يرده أوأبرأه فلا يرده إلا بإذن ، وكذا فى غير طريقه ومسافته كمسافة أرض المالك أو أقل ، وللمالك منعه من بسطه وإن كان فى الأصل مبسوطا (وإلا) بأن لم يكن ثم غرض له بأن نقله لموات ولم يطلب المالك رده (فلا يرده إلا بإذن فى الأصح) لأنه تصرف فى ملك غيره بلا حاجة ، فإن فعل كلفه النقل (ويقاس بما ذكرناه حفر البئر) الذى تعدّى الغاصب به (وطمها) إذا أراده ، فإن أمره المالك بالطمّ وجب . وإلا فإن كان له غرض فيه استقل به وإن منعه منه وإلا فلا ، ومن الغرض هنا ضمان التردى فإذا لم يكن له غرض غيره وقال له المالك رضيت باستدامة البئر امتنع عليه الطمّ لاندفاع الضمان عنه بذلك ، وتطم بترابها إن بقى وإلا فبمثله ، وما استشكل به القول بأن مافى الذمة من المثل لايملك إلا بقبض صحيح محمول على مالو أذن المالك له فى رده ، وله نقل ماطوى به البئر ويجبره المالك عليه وإن سمح له به (وإذا أعاد) الغاصب (الأرض كما كانت ولم يبق نقص فلا أرش) لانتفاء موجبه (لكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة) والحفر كما فى الروضة وأصلها لوضع يده عليها

هذا يقتضى اعتباره فى قوله أو نقصت الأرض به الخ مع أنه غير مراد كما أفاده قوله أما إذا تيسر الخ (قوله رفء ثوب) بالهمز (قوله لأنه لايعود) أى ولأنه تصرف فى ملك غيره (قوله لو لم يرده) أى مالم تنقص القيمة للأرض بعدم بسطه (قوله فإن فعل) أى رده الغاصب بلا إذن ، وقوله كلفه : أى المالك النقل (قوله لاندفاع الضمان عنه بذلك) أى وتصير البئر برضا المالك كما لو حفرها فى ملكه ابتداء فلا يضمن ماتلف بها بعد رضا المالك ببقائها ، وهذا نظير مالو قصد الخمرية لما عصره لابقصدها حيث يزول به الاحترام ، أو قصد الخلية لما عصره بقصد الخمرية فإنه يصير محترما كما تقدم . وبقى مالو لم يطمها ثم حصل بها تلف فطلب من الغاصب بدل التالف فادعى الغاصب أن المالك رضى باستدامة البئر فأنكره المستحق فالظاهر تصديق المستحق لأن الأصل بقاء الضمان وعدم رضا المالك ببقائها ، ولا فرق فى ذلك بين طول زمن تصرف المالك فيها بعد زوال الغصب وعدمه (قوله محمول على ما لو أذن) قد يقال هلا جاز وإن لم يأذن المالك لغرض دفع الضمان وإن لم يبرأ من عهدة المالك لعدم القبض وبهذا يندفع الإشكال فليتأمل . ثم رأيت شيخنا البكرى قال فى شرح قول المصنف وللناقل الرد إلى إن كان له فيه غرض مانصه : واستشكل رد بدل التالف إذا لم يأذن المالك بأن ما فى الذمة لايتعين إلا بقبض صحيح . ويجاب بأن غرض البراءة سومح فيه بمثل ذلك اهـ سم على حج (قوله وله) أى الغاصب . وقوله نقل ماطوى به : أى بنى به ، وقوله ويجبره المالك عليه : أى على نقله (قوله وإن سمح) أى الغاصب . وقوله به : أى لما فيه من

(قوله أو حصل فى الأرض نقص) ظاهره أنه ليس له أن يردّه فى هذه الحالة إذا كان فى طريقه مثلا موات وهو غير مراد كما صرح به الشهاب سم أخذا من قوله الآتى فإن تيسر نقله لنحو موات فى طريقه الخ (قوله وللمالك منعه من بسطه الخ) ظاهره وإن كان له غرض فى بسطه كدفع ضمان التعثر أو النقص ، لكن فى الأذرعى خلافه فى الأولى ، ويؤخذ مما مر فى الشرح فى مسئلة الردّ أن له البسط وإن منعه المالك لدفع أرش النقص إن لم يبرئه المالك منه فليراجع (قوله بأن نقله) الأولى كأن نقله (قوله وما استشكل به القول الخ) عبارة التحفة : واستشكل بما مر أن المثل فى الذمة وهو لايملك إلا بقبض صحيح فليحمل على ما إذا أذن له المالك فى ردّه .

مدتهما تعديا وإن كان آتيا بواجب (وإن بقي نقص) في الأرض بعد الإعادة (وجب أرشه معها) أي الأجرة لاختلاف سببيهما (ولو غصب زيتا ونحوه) من الأدهان (وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته) بأن كان صاعا قيمته درهم فصار نصف صاع قيمته درهم (رده) لبقاء العين (ولزمه مثل الذاهب في الأصح) لأن له بدلا مقدرا وهو المثل فأوجبناه وإن زادت القيمة بالإغلاء ، كما لو خصى العبد فإنه يضمن قيمته وإن زادت أضعافها . والثاني لا يلزمه جبر النقصان ، إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل من سبب واحد فينجبر النقصان بالزيادة (وإن نقصت القيمة فقط) أي دون العين (لزمه الأرش) جبرا له (وإن نقصتا) أي العين والقيمة جميعا (غرم الذاهب ورد الباقي) مطلقا و(مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر) من نقص العين كرطلين قيمتهما درهمان صارا بالإغلاء رطلا قيمته نصف درهم فيرد الباقي ويرد معه رطلا ونصف درهم . أما إذا لم يكن نقص القيمة أكثر بأن لم يحصل في الباقي نقص كما لو صارا رطلا قيمته درهم أو أكثر فيغرم الذاهب فقط ويرد الباقي ، ولو غصب عصيرا وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته لم يغرم مثل الذاهب لأنه مائية لا قيمة له ، والذاهب من الدهن دهن متقوم ، ومثل ذلك الرطب يصير تمرا ، وأجراه الماوردي والروياني في اللبن إذا صار جبنا ونقص كذلك ، ونظر فيه ابن الرفعة بأن الجبن لا يمكن كيله حتى تعرف نسبة نقصه من عين اللبن اهـ . نعم تعرف النسبة بوزنها ، ويؤخذ من التعليل بأن الذاهب مما ذكر مائية لا قيمة لها أنه لو نقص منه عينه وقيمته ضمن القيمة لكن الأوجه أنه يضمن مثل الذاهب

المنة (قوله مدتهما) أي الإعادة والحفر (قوله وإن كان آتيا بواجب) أي في الأول اهـ سم على حج (قوله فإنه يضمن قيمته) أي في مقابلة ما جنى عليه به (قوله وإن زادت) أي قيمته بعد الخصي أضعاف ما كانت عليه قبله (قوله ورد الباقي مطلقا) أي سواء كان نقص القيمة أكثر من نقص العين أو لا .

[فرع] غصب وثيقة كالحجج والتذاكر لزمه إذا تلفت قيمة الورق وأجرة الكتابة أو ثوبا مطرزا لزمه قيمته مطرزا ، والفرق أن الكتابة تعيب الورق وتنقص قيمته ، فلو ألزمناه قيمة الوثيقة دون الأجرة لأجحفنا بالمالك ، ولا كذلك الطراز لأنه يزيد في قيمة الثوب فلا ضرر عليه اهـ سم على حج (قوله لأنه مائية لا قيمة له) لقائل أن يقول : قد تكثر هذه المائية حتى تتقوم قطعا كما لو غصب ألف صاع من العصير قيمته مائة درهم وأغلاه فصار مائة صاع يساوي مائة درهم فالذاهب تسعمائة صاع ، ولا شبهة أن لها قيمة لأنه مائع طاهر ينتفع به في أغراض لا تحصى فكيف يقال إنه لا قيمة له ، اللهم إلا أن يلتزم في مثل هذا ضمان نقص العين ، لكن على هذا في ضمان النقص إشكال لأنه إن ضمنه بعصير خالص فليس مثله لأن الذاهب هنا مجرد مائية ، بخلاف العصير الخالص وإن ضمنه بالقيمة فقد يقال ليس هذا متقوما اهـ سم على منهج . أقول : وقد يوجه وجوب رد القيمة بأن هذا بمنزلة ما لو غصب مثليا وتلف ثم فقد المثل حيث وجب فيه رد القيمة ، وبه يعلم أن رد القيمة ليس خاصا بالمتقوم ، أو يقال إن ما انفصل من النار لا يجوز السلم فيه لعدم انضباطه ، وحينئذ يكون من المتقوم ، ومثل ذلك من الإشكال . والجواب يقال في اللبن إذا صيره جبنا . (قوله ومثل ذلك) الإشارة لقوله ولو غصب عصيرا (قوله وأجراه الماوردي) أي أجرى قوله لم يغرم مثل الذاهب الخ (قوله ونقص كذلك) أي العين دون القيمة (قوله بأن الذاهب مما ذكر) أي من العصير والرطب والجبن (قوله أنه لو نقص منه) أي من العصير (قوله أنه يضمن مثل الذاهب) أي مما ذكر من العصير والرطب والجبن ، وينبغي أن محل ذلك إذا كان الذاهب أجزاء متقومة ، فإن كان مائية فلا هذا ، والمتبادر من كلامه عوده للجبن فقط .

(قوله ومثل ذلك) أي العصير (قوله لكن الأوجه أنه يضمن مثل الذاهب) والظاهر أنه يرجع في الذهاب وعدمه

كالدهن (والأصح أن السمن) الطارئ في يد الغاصب (لايجبر نقص هزال قبله) فلو غصب سمينة فهزلت ثم سمنت ردها وأرش السمن الأول ، إذ الثانى غيره ، وما نشأ من فعل الغاصب لاقيمة له حتى لو زال المتجدد غرم أرشه أيضا هذا إن رجعت قيمتها إلى ماكانت وإلا غرم أرش النقص جزما . وأشار بقوله نقص هزال إلى أنه لاأثر لزوال سمن مفرط لاينقص زواله القيمة ، ولو انعكس الحال بأن سمنت فى يده معتدلة سمنا مفرطا نقص قيمتها ردها ولا شيء عليه لعدم نقصها حقيقة وعرفا على مانقله فى الكفاية وأقره ، والأوجه كما يشير إليه كلام الأسنوى وغيره خلافه لمخالفته لقاعدة الباب من تضمين القيمة ، ومقابل الأصح يجبر كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض (و) الأصح (أن تذكر صنعة نسيها) عند الغاصب (يجبر النسيان) سواء أتذكرها عند الغاصب وهو ظاهر أم عند المالك كما بحثه فى المطلب ، وشمله كلام المصنف لأنه عين الأول فصار كنسيانها ، بخلاف السمن فإنه زيادة فى الجسم محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة ، والثانى لايجبر كالسمن ورد بما مر ، ولو تعلم الصنعة عند الغاصب بعد نسيانها فكالتذكر كما قاله الرافعى ،أو عند المالك فلا كما قاله الأسنوى إنه المتجه ، وعود الحسن كعود السمن لاكتذكر الصنعة قاله الإمام ، وكذا صوغ حلى انكسر ، ولو تعلمت الجارية المغصوبة الغناء فزادت قيمتها به ثم نسيته لم يضمنه حيث كان محرما كما علم مما مر ، ومرض القن والمغصوب أو تمعط شعره أو سقوط سنه ينجبر بعوده كما كان ، ولو عاد بعد الرد للمالك بخلاف سقوط صوف الشاة أو ورق الشجرة لاينجبر بعوده كما كان لأنه متقوم ينقص به ، وصحة الرقيق وشعره وسنه غير متقومة (وتعلم صنعة لايجبر نسيان) صنعة (أخرى قطعا) ولو أرفع من الأولى للتغاير مع اختلاف الأغراض باختلاف الصنائع (ولو غصب عصيرا فتخمر ثم تخلل) عنده (فالأصح أن الخل للمالك) لأنه عين ماله وإنما انتقل من صفة إلى أخرى (وعلى الغاصب الأرش)

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عن شخص غصب من آخر عبدين ثم إن أحدهما جنى على الآخر واقتص السيد من الجانى فى يد الغاصب هل يضمنهما لأنهما ماتا بجناية فى يد الغاصب أو يضمن الجانى فقط لأن السيد استوفى حق المجنى عليه باقتصاصه من الجانى ؟ فيه نظر . والجواب عنه أن الظاهر الأول للعلة المذكورة (قوله فهزلت) بالبناء للمفعول اهـ حج . وفى القاموس هزل كنصر انتهى . فتلخص أن فيه لغتين ، فمن اقتصر على البناء للمفعول لعله لكونه الأكثر ، وقضية كلام المختار أن محل بنائه للفاعل إذا ذكر نحو قولك هزل الدابة صاحبها ، بخلاف مالو اقتصر على ذكر المفعول فإنه يقال هزلت الدابة مبنيا للمفعول لاغير (قوله وإلا غرم أرش النقص جزما) لو نقصت بالهزال نصف القيمة ثم رجعت بالسمن الثانى إلى ثلاثة أرباع القيمة فينبغى أن يغرم الربع الفائت قطعا والربع الراجع بالسمن الثانى على الأصح فليتأمل اهـ سم على حج (قوله كنسيانها) صوابه كعدم نسيانها (قوله أو عند المالك) أى ولو لم يغرم فى تعلمه شيئا كأن علمه بنفسه أو بمتبرع ، لأنه وإن كان كذلك منسوب للمالك وقد تحقق نقصه حين رجوعه ليده (قوله ينجبر بعوده) أى ولو مثغورا كما هو ظاهر هذه العبارة ، وهو

وفى مقدار الذاهب إلى أهل الخبرة . وانظر ما المراد بالمثل الذى يضمنه ويحتمل أن يضمنه عصيرا ، تقول أهل الخبرة : إنه مشتمل على عصير خالص من المائية بمقدار الذاهب ، أو يكلف إغلاء عصير حتى تذهب مائيته ويغرم منه بمقدار الذاهب فليراجع (قوله وما نشأ من فعل الغاصب لاقيمة له) أى لايقابل بشىء للغاصب ليلائم مارتبه عليه (قوله جزما) الجزم إنما هو بالنظر لأصل الأرش ، وإلا فالظاهر أن المقدار مختلف على قياس مامر من مقابل الأصح (وقوله وصحة الرقيق وشعره وسنه غير متقومة) بمعنى أنها إذا انفصلت لاتقابل بشىء فلا يشكل

لنقصه (إن كان الخل أنقص قيمة) من العصير لحصوله فى يده ، وإن لم تنقص قيمته اقتصر عليه . والثانى يلزمه مثل العصير لأنه بالتخمر كالتالف والخل على هذا للمالك فى الأصح لأنه فرع ملكه ، ويجرى الخلاف فيما لو غصب بيضا فتفرخ أوحبا فنبت أو بزر قز فصار قزا . وخرج بثم تخلل مالو تخمر ولم يتخلل فيلزمه مثل العصير لفوات المالية وعليه إراقة الخمر إن عصرها بقصد الخمرية وإلا فلا تجوز له إراقتها لاحترامها ، ولا يجب ردها للمالك لأن رد مثل العصير قائم مقامه من كل وجه ، بخلاف مامر فى جلد الشاة آنفا ، كذا قاله بعض الشراح . والأوجه أنه للمغصوب منه كجلد الميتة (ولو غصب خمرا فتخللت) عنده (أو جلد ميتة) يطهر بالدباغ (فدبغه فالأصح أن الخل والجلد للمغصوب منه) لأنهما فرعا ملكه ، فإن تلف فى يده ضمنهما . والثانى هما للغاصب لحصول المالية عنده ، وخرج بغصب مالو أعرض عنهما وهو ممن يعتد بإعراضه فيملكه آخذه . وقضية تعليل الأول إخراج الخمرة غير المحترمة ، وبه جزم الإمام وسوى المتولى بينهما . قال الشيخ : وهو الأوجه مالم يعرض المالك عنها ، فإن أعرض لم يجب ردها عليه وليس للمالك استردادها ، وإعراض المالك عنها كإعراضه عن الخمر ، وإذا لم يعرض عنه لزم الغاصب رده لعموم الخبر لأنه منتفع به ، ولو أتلف جلدا لم يدبغ فادعى مالكه تذكيته والمتلف عدمها صدق المتلف بيمينه لأن الأصل عدم التزكية .

ظاهر لأنه لايعد ناقصا بعد العود عن حاله قبل الغصب (قوله ويجرى الخ) قد يتوقف فى جريان الخلاف فى هذه المذكورات لتخلف علة الثانى فيها ، فإن تخمر العصير يخرجه عن المالية فيمكن جعله كالتالف ، ولا كذلك المذكورات فإنه لم يتوسط بين الصفة العارضه لها وما كانت عليه مايخرجها عن ذلك فليتأمل ، إلا أن يقال : البيض يصير دما قبل صيرورته فرخا ، والحب يصير إلى حالته لو أخرج من الأرض وبيع بتلك الحالة لم يكن له قيمة فجعل كالتالف قبل صيرورته فرخا ونباتا (قوله فتفرخ) أى ولو بفعله كما هو ظاهر ، وكذا ما بعده .
وقياس ذلك أنه لو غصب حطبا وأحرقه أنه يرده مع أرش النقص . نعم إن صار لاقيمة له فيحتمل وجوب رده مع قيمته اهـ سم على حج (قوله فصار قزا) فيه مسامحة ، إذ البزر لايصير قزا وإنما يتولد منه بعد حلول الحياة فيه (قوله وعليه) أى المالك ، وقوله إن عصرها : أى المالك (قوله بخلاف مامر فى جلد الشاة) أى حيث لم يرد فيها مايقوم مقام الشاة ، ولا يقال : القيمة منزلة منزلتها لما أشار إليه بقوله من كل وجه (قوله كجلد الميتة) أى وكما لو نجس زيته فإنه يغرم بدله والمالك أحق بزيته اهـ شيخنا زيادى . مع أنه رد مثل الزيت من كل وجه (قوله وقضية تعليل الأول إخراج الخمرة) نازع حج فى كون ذلك قضيته فقال : وليس قضيته إخراج غير المحترمة خلافا لمن ادعاه لأن ملكه هو العصير ، ولا شك أن خل المحترمة وغيرها فرع عنه ، ومن ثم سوى المتولى الخ اهـ . نعم ماذكره الشارح مقتضى قول المحلى لأنهما فرع ما اختص به اهـ . وذلك لأن الخمرة الغير المحترمة تراق على عاصرها فلم يصدق على خلها أنه فرع ما اختص به (قوله وإذا لم يعرض عنه) أى الجلد (قوله لعموم الخبر) أى وهو قوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (قوله لأن الأصل عدم التذكية) أى وبراءة ذمة الغاصب أيضا .

بالسمن ، إذ هو لو انفصل قوبل بالقيمة إذ هو شحم فتأمل (قوله وعليه إراقة الخمر) أى على الغاصب ليلائم قوله بعده وإلا فلا يجوز له إراقتها خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ (قوله لأنهما فرعا ملكه) جرى على الغالب ، وإلا فقد لايسبق له ملك ، كما لو ورث الخمرة أو الجلد مثلا ، وعبارة غيره : لأنهما فرعا اختصاصه (قوله وقضية تعليل الأول) قال فى التحفة : وليس قضيته إخراج غير المحترمة خلافا لمن ادعاه لأن ملكه هو العصير ، ولا شك أن حل المحترمة وغيرها فرع عنه اهـ (قوله لأنه منتفع به) لعله سقط قبله واو .

(فصل)

فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال للغير وتوابعها

(زيادة المغصوب إن كانت أثرا محضا كقصارة) لثوب وخياطة بخيط من الثوب وطحن لبر وضرب سبيكة دراهم (فلا شئ للغاصب بسببها) لتعديه بعمله فى ملك غيره ، وبه فارق مامر فى المفلس من مشاركته البائع لأنه عمل فى ملك نفسه (وللمالك تكليفه رده) أى المغصوب (كما كان إن أمكن) ولو مع عسر كرد الحلى سبائك واللبن طينا إلحاقا لرد الصفة برد العين لما تقرر من تعديه ، وشمل كلامه ما لو لم يكن له غرض ، وهو الأوجه كما قاله الإمام وإن شرط المتولى أن يكون له غرض ، فإن لم يمكن رده كما كان كالقصارة لم يكلف ذلك بل يرده بحاله . وما اقتضاه كلام المصنف من أنه لو رضى المالك ببقائه لم يعده مقيد بما لو لم يكن غرض ، فإن كان كأن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عياره فله إعادته . خوفا من التعزير (وأرش) بالرفع عطفا على تكليفه والنصب عطفا على رده (النقص) لقيمته قبل الزيادة سواء أحصل النقص بها من وجه آخر أم بإزالتها

(فصل) فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال للغير

(قوله وتوابعها) أى كالبناء والغراس (قوله بخيط من الثوب) أى أما لو كان الخيط من الغاصب وزادت به القيمة شارك به إن لم يكن فصله كما يأتى فى الصبغ ، وعبارة حج : بخيط المالك اه . وهى أعم مما ذكره الشارح (قوله لتعديه) أى بحسب نفس الأمر حتى لو قصر ثوب غيره يظنه ثوبه لم يكن له شيء (قوله لأنه) أى المفلس (قوله إلحاقا لرد الصفة) وهى جعله سبائك وطينا (قوله لو لم يكن له) أى المالك (قوله وما اقتضاه كلام المصنف) يتأمل وجه الاقتضاء ، فإن قوله وللمالك تكليفه الخ لايدل على أن المالك إذا رضى به امتنع على الغاصب إعادته ، اللهم إلا أن يقال : إن قوله وللمالك التكليف معناه أنه يجوز له تكليفه الرد ، وقد يفهم أنه إن لم يرض برده لايجوز لأنه جعل رد الغاصب له مرتبا على تكليف المالك (قوله فله إعادته) أى الغاصب ، وقوله خوفا الخ يدل على أنه فى الواقع يسقط التعزير بإعادته ، وقد تمنع دلالته على ذلك بناء على أن المراد أن بقاء الدراهم بحالها يؤدى إلى اطلاع السلطان فيعزره ، وإعادتها طريق إلى عدم اطلاعه على ماوقع ، وقد يقال : لولا سقوط التعزير ما جاز له التسبب فى دفعه بالإعادة ، وقد يوجه بأنه مالم يبلغ الإمام فينبغى له كتمه والسعى فى دفعه كما فى موجب الحد .

[فرع] قال فى شرح الروض : ولو ضرب الشريك الطين المشترك لبنا أو السبائك دراهم بغير إذن شريكه فيجوز له كما أفتى به البغوى أن ينقضه وإن رضى شريكه بالبقاء لينتفع بملكه كما كان اه سم على حج . ومنه مالو كانت الأرض مشتركة بين شخص وآخر فغرس فيها أو بنى بغير إذن شريكه فإنه يكلف القلع لتعديه بفعله لأن كل جزء مشترك بينهما فكان كالغاصب لايقال فيه : تكليفه قلع ملكه عن ملكه . لأنا نقول : ليس المقصود ذلك وإنما المقصود الخروج من حق الغير وهو لايحصل إلا بقلع الجميع ، وسيأتى فى الشفعة بعد قول المصنف وللشفيع نقض مالا شفعة الخ ما يصرح بذلك فى قوله ولو بنى المشترى أو غرس فى المشفوع الخ (قوله بها) أى الزيادة ،

(فصل) فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال للغير

(قوله وما اقتضاه كلام المصنف) عبارة التحفة : وقد يقتضى المتن الخ

وعليه مع ذلك أجرة مثله لدخوله فى ضمانه لا لما زاد بصنعته لأن فواته بأمر المالك بدليل أنه لو ردّه بغير أمره مع عدم غرض له غرم أرشه ، وعلم مما مر فى رد التراب أنه لو تعين غرض الغاصب فى الرد لعدم لزوم الأرش له ومنعه المالك منه وأبرأه امتنع عليه وسقط الأرش عنه (وإن كانت) الزيادة التى فعلها الغاصب (عينا كبناء وغراس كلف القلع) وأرش النقص لخبر « ليس لعرق ظالم حق » وإعادتها كما كانت وأجرة المثل إن مضت مدة لمثلها أجرة ، ولو أراد المالك تملكه أو إبقاءه بأجرة لم يلزم الغاصب إجابته لإمكان القلع من غير أرش بخلاف المستعير ، ولو أراد الغاصب القلع بغير رضا المالك لم يمنع ، فإن بادر أجنبى لذلك غرم الأرش لأن عدم احترامه بالنسبة إلى مستحق الأرض فقط ، ولو كان البناء والغراس مغصوبين من آخر فلكل من مالكى الأرض والبناء والغراس إلزام الغاصب بالقلع ، وإن كانا لصاحب الأرض ورضى به المالك امتنع على الغاصب قلعه ولا شىء عليه ، وإن طالبه بقلعه فإن كان له فيه غرض لزمه قلعه مع أرش النقص ، وإلا فوجهان أوجههما نعم لتعديه . أما

وقوله لأن فواته : أى مازاد ، وقوله لو رده : أى أعاده ، وقوله مع عدم غرض له : أى الغاصب (قوله غرم أرشه) أى أرش النقص لما زاد بصنعته اهـ سم (قوله ومنعه المالك) ليس المنع بقيد بل المدار على البراءة ، وينبغى فيما لو اختلفا فى البراءة وعدمها أن المصدّق هو المالك لأن الأصل عدم الإبراء وبقاء شغل ذمة الغاصب (قوله وأبرأه) أى من الأرش (قوله ليس لعرق ظالم) أى الأصل وهو بكسر العين المهملة وسكون الراء المهملة ، وقوله حق قال حج : هو حسن غريب ، وفيهما التنوين وتنوين الأول وإضافة الثانى اهـ . وفى قوله وإضافة الثانى تأمل ، وعبارة شرح المشكاة : وإضافة الأول وتنوين الثانى وهى الصواب لأن حق اسم ليس بمعنى احترام فلا يكون مضافا إليه (قوله لم يلزم الغاصب) أى ولا يلزم المالك قبوله لو وهبه له الغاصب اهـ سم على حج : أى لما فيه من المنة (قوله لإمكان القلع) أى حق المالك للأرض وقوله من غير أرش : أى للمقلوع (قوله بخلاف المستعير) أى فإنه لو طلب المعير منه التبقية بالأجرة أو تملكه بالقيمة لزم المستعير موافقته ، لكن محله كما مر حيث لم يختر القلع ، أما عند اختياره له فلا تلزمه موافقة المعير لو طلب التبقية بالأجرة أو التملك بالقيمة ثم رأيت فى سم على حج مايصرح به ، وعبارته : قوله وبه فارق ما فى العارية فيه نظر ، وإنما يحتاج للفرق بينهما فيما إذا امتنع المستعير والغاصب من القلع فللمالك حينئذ قهرا الإبقاء بالأجرة أو التملك بالقيمة هناك لا هنا فليراجع اهـ (قوله لذلك) أى القلع ، وقوله غرم الأرش : أى للغاصب (قوله إلزام الغاصب بالقلع) أى فإن لم يفعل جاز لكل منهما فعله بنفسه ، وينبغى أن المؤن التى تصرف على القلع إن تبرع بها صاحب الأرض أو البناء والغراس فذاك ، وإلا رفع الأمر إلى قاض يلزم الغاصب بصرفها ، فإن فقد القاضى صرفها المالك بنية الرجوع وأشهد (قوله امتنع) أى فإن فعل لزمه الأرش إن نقص (قوله ولا شىء عليه) أى على الغاصب حيث لم تنقص قيمته عما كان قبل نقله للمحل الآخر لا بسبب عدم إعادته للمحل المنقول منه (قوله أوجههما نعم) ليس هذا مكررا

(قوله لا لما مازاد) عطف على لقيمته : أى له أرش نقص قيمته قبل الزيادة لا أرش نقص حصل بإزالة الصنعة الحاصلة بفعله (قوله بدليل أنه لو ردّه) عبارة التحفة : ومن ثم لو ردّه الخ (قوله لعدم لزوم الأرش) اللام فيه بمعنى فى . والمعنى أنه لم يكن له غرض فى الرد سواه ، وعبارة التحفة : أنه لو لم يكن للغاصب غرض فى الرد سوى عدم لزوم الأرش

نماء المغصوب كما لو اتجر الغاصب فى المال المغصوب فالربح له ، فلو غصب دراهم واشترى شيئا فى ذمته ثم ثم نقدها فى ثمنه وربح رد مثل الدراهم عند تعذر رد عينها ، فإن اشترى العين بطل ، ولو غصب أرضا وبذرا من آخر وبذره فى الأرض كلفه المالك إخراج البذر منها وأرش النقص ، وإن رضى المالك ببقاء البذر فى الأرض امتنع على الغاصب إخراجه ، ولو زوّق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يحصل منه شىء بقلعه لم يجز له قلعه إن رضى المالك ببقائه وليس له إجباره عليه كما فى الروضة خلافا للزركشى كالثوب إذا قصره (ولو صبغ) الغاصب (الثوب بصبغه وأمكن فصله) منه بأن لم ينعقد الصبغ به (أجبر عليه) أى الفصل وإن خسر كثيرا أو نقصت قيمة الصبغ بالفصل (فى الأصح) كالبناء والغراس ، وله الفصل قهرا على المالك وإن نقص الثوب به لأنه يغرم أرش النقص كما مر نظيره آنفا ، فإن لم يحصل به نقص فكالتزويق ، وحينئذ فلا يستقل الغاصب بفصله ولا يجبره المالك عليه ، ومقابل الأصح لا لما فيه من ضرر الغاصب لأنه يضيع بفصله بخلاف البناء والغراس ، وخرج بصبغه صبغ المالك فالزيادة كلها له والنقص على الغاصب ويمتنع فصله بغير إذن المالك ، وله إجباره عليه مع أرش النقص وصبغ مغصوب من آخر ، فلكل من مالكى الثوب والصبغ تكليفه فصلا أمكن مع أرش النقص ، فإن لم يمكن فهما فى الزيادة والنقص كما فى قوله (وإن لم يمكن) فصله لتعقده (فإن لم تزد قيمته) ولم تنقص بأن كان يساوى عشرة قبله وساواها بعده مع أن الصبغ قيمته خمسة لا لانخفاض سوق الثياب بل لأجل الصبغ (فلاشىء للغاصب فيه) ولا عليه ، إذ غصبه كالمعدوم حينئذ (وإن نقصت) قيمته بأن صار يساوى خمسة (لزمه الأرش) لحصول النقص بفعله (وإن زادت) قيمته بسبب العمل والصنعة (اشتركا فيه) أى الثوب هذا بصبغه وهذا بثوبه

مع قوله السابق وشمل كلامه مالو لم يكن غرض لاشتمال ماهنا على التفصيل وحكاية الخلاف (قوله فإن اشترى بالعين بطل) أى والزيادة للبائع ، فإن جهل كان ذلك من الأموال الضائعة وأمرها لبيت المال ، وسيأتى فى قوله ولغيره أخذها ليعطيها للمستحق مايفيد أن الغاصب إن غرم مثل الدراهم المغصوبة لصاحبها جاز له أن يأخذ من هذا المال مايساوى ماغرمه من باب الظفر ويحصل به مثل حقه إن لم يكن من جنسه (قوله ولو غصب أرضا) أى من شخص (قوله إن رضى المالك) أى للأرض والبذر (قوله كالثوب إذا قصره) قد يفرق بينه وبين الثوب بتعذر زوال القصارة منها ، بخلاف الزواق فالأولى تكليفه إزالته كإعادة الحلى سبيكة ، وقد يفرق بين زواق الدار والحلى بأن الغاصب للسبيكة لما أخرجها عن صورتها الأصلية كلف الإعادة ، بخلافه فى التزويق فإن هيئة الدار لم تخرج عن صورتها الأصلية ، وكذا يقال فى كل مالم يتعذر نفعه من الجهة التى كان ينتفع به منها أولا (قوله فإن لم يحصل) أشار به إلى اعتبار قيد فى المسئلة وهو أنه إنما يجوز له فصله إذا نقص الثوب بالصبغ (قوله فلا يستقل الغاصب) يقتضى إمكان فصله فلا ينافيه قوله تمويه محض لأن معناه ولا يتحصل منه شىء وهذا لاينافى إمكان الفصل ، وقوله تكليفه فصلا أمكن الخ هل له ذلك بغير إذنهما أو مع رضاهما ببقائه أو بغير إذن مالكه أو مع رضاه ببقائه مع سكوت مالك الثوب ، وينبغى لا إلا أن يحصل نقص فى الثوب والصبغ أو فى أحدهما وتصور زواله بالفصل كما يؤخذ من مسئلة حفر تراب الأرض السابقة اه سم على حج (قوله والصنعة) عطف تفسير ، وعبارة حج بسبب الصبغ أو الصنعة (قوله اشتركا فيه) وبقى مالو استأجر صباغا ليصبغ له قميصا مثلا بخمسة فوقع بنفسه

(قوله فالربح له) إنما أطلق هذا هنا مع أنه سيأتى قريبا أنه لو اشترى بالعين بطل حملا للاتجار على الصحيح بأن كان بثمن فى الذمة (قوله ولو غصب أرضا وبذرا من آخر) أى آخر بالنسبة إليه فكأنه قال : ولو غصبهما من غيره والصورة أن مالك الأرض والبذر واحد كما يعلم مما بعده (قوله فإن لم يحصل به نقص فكالتزويق) هنا كلام ساقط ، وعبارة التحفة ؛ ومحل ذلك : أى قوله وله الفصل الخ فى صبغ يحصل منه عين مال ، أما ماهو تمويه محض ولم يحصل به نقص فهو كالتزويق انتهت . وما فى حاشية الشيخ من تقرير ما فى الشارح بما يقتضى عدم السقط غير مستقيم كما يعلم بمراجعته (قوله بسبب العمل والصنعة) صوابه كما فى التحفة بسبب العمل والصبغ ، على أنه لا حاجة لقوله

أثلاثا ، ثلثاه للمغصوب منه وثلثه للغاصب . أما إذا زاد سعر أحدهما فقط بارتفاعه فالزيادة لصاحبه ، وإن نقص عن الخمسة عشر قيمتهما كأن ساوى اثنى عشر ، فإن كان النقص بسبب انخفاض سعر الثياب فهو على الثوب ، أو سعر الصبغ أو بسبب الصنعة فعلى الصبغ ، قاله فى الشامل والتتمة ، وبهذا أعنى اختصاص الزيادة عن ارتفاع سعر ملكه يعلم أنه ليس معنى اشتراكهما كونه على وجه الشيوع بل هذا بثوبه وهذا بصبغه ، ولو بذل صاحب الثوب للغاصب قيمة الصبغ ليتملكه لم يجب إليه أمكن فصله أم لا ، ولو أراد أحدهما الانفراد ببيع ملكه لثالث لم يصح ، إذ لاينتفع به وحده كبيع دار لا ممر لها . نعم لو أراد المالك بيع الثوب لزم الغاصب بيع صبغه معه لأنه متعد فليس له أن يضر بالمالك ، بخلاف مالو أراد الغاصب بيع صبغه لايلزم مالك الثوب بيعه معه لئلا يستحق المتعدى بتعديه إزالة ملك غيره ، ولو طيرت الريح ثوبا إلى مصبغة آخر فانصبغ فيها اشتركا فى المصبوغ مثل مامر ولم يكلف أحدهما البيع ولا الفصل ولا الأرش وإن حصل نقص إذ لاتعدى (ولو خلط المغصوب) أو اختلط عنده (بغيره) كبر أبيض بأسمر أو بشعير وكغزل سدى نسجه بلحمته لنفسه ، وشمل كلامهم خلطه أو اختلاطه باختصاص كتراب بزبل (وأمكن التمييز) لكله أو بعضه (لزمه وإن شق) عليه ليرده كما أخذه (فإن تعذر) التمييز كخلط زيت بمثله أو شيرج وبر أبيض بمثله ، ودراهم بمثلها كما اقتضاه إطلاقهم وإن قال ابن الصباغ وغيره باشتراكهما ، وما فرق به من أن كل درهم متميز فى نفسه بخلاف الزيت ونحوه منتقض بالحبوب (فالمذهب أنه كالتالف فله تغريمه) بدله سواء أخلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لأنه لما تعذر رده أبدا أشبه التالف

فى دن قيمة صبغه عشرة هل يضيع ذلك على الصباغ أو يشتركان فيه لعذره ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، وأما لو غلط الصباغ وفعل ذلك بنفسه فينبغى أنه لاشىء فى مقابلة الزيادة لتعديه بذلك ، وهذا كله فى الصبغ تمويها ، وأما لو حصل به عين وزادت بها القيمة فهو شريك بها (قوله وإن نقص) قسيم مافهم من قوله بأن كان يساوى عشرة قبله وساواه بعده مع أن الصبغ قيمته خمسة (قوله لم يجب إليه) أى لم يجبر على الإجابة ، فلو رضى بذلك جاز (قوله إذ لاينتفع به) وبه يفرق بين مالو أراد الغاصب بيع البناء والغراس أو المالك بيع الأرض فإنه يجوز لإمكان الانتفاع بكل من الأرض والبناء أو الغراس على حدته (قوله لزم الغاصب) أى فإن امتنع باع عليه الحاكم (قوله لئلا يستحق المتعدى) وفى شرح الروض فيما لو كان الصبغ لثالث ماحاصله أنه لايلزم واحدا من مالكى الصبغ والثوب موافقة الآخر فى البيع اهـ سم على حج (قوله ولو خلط المغصوب) شمل مالو وكله فى بيع مال أو فى شراء شىء أو أودعه عنده فخلطه بمال نفسه فيلزمه تمييزه إن أمكن وإلا فيجب رد بدله لأنه كالتالف ، ومنه يؤخذ جواب ماوقع السؤال عنه فى الدرس من أن شخصا وكل آخر فى شراء قماش من مكة مثلا فاشتراه وخلطه بمثله من مال نفسه ، وهو أنه كالتالف (قوله ودراهم بمثلها) أو بدراهم مثلها للغاصب ، فإن غصبهما من اثنين

العمل لأن العمل لا دخل له كما لايخفى (قوله أو اختلط عنده) هذا إنما يتأتى فى الشق الأول وهو مايمكن تمييزه ، أما فى الشق الثانى فهو حينئذ يكون مشتركا كما نقله الشهاب سم عن الشارح (قوله كبر أبيض بأسمر الخ) الذى ينبغى ذكر هذا عقب قول المتن وأمكن التمييز لأن هذه أمثلته ، والكلام هنا فى مطلق الخلط الشامل لما يمكن تمييزه كالأمثلة المذكورة هنا وما لا يمكن كالأمثلة الآتية فى قوله كخلط زيت بمثله الخ (قوله لنفسه) انظر ما الداعى له مع الإضافة فى لحمته (قوله كما اقتضاه إطلاقهم) أى فى مسئلة الدراهم

فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك ، فإن لم يكن كتراب أرض موقوفة خلطه بزبل وجعله آجرا غرم مثله ورد الآجر للناظر ، ولا نظر لما فيه من الزبل لاضمحلاله بالنار ، قاله بعضهم ، ومع تملكه المذكور فالأوجه كما مر أنه يحجر عليه فيه حتى يؤدى مثله لمالكه ، ويكفى كما أفتى به المصنف أن يعزل من المخلوط : أى بغير الأردإ قدر حق المغصوب منه ويتصرف فى الباقى كما يأتى ، وبهذا مع ما يأتى أيضا سقط ما أطال به السبكى من الرد والتشنيع على القول بملكه بل هو تغليظ عليه مناسب للتعدى حيث علقنا الحق بذمته بعد خلوها عنه ، وإنما قلنا بالشركة فى نظيره من المفلس لئلا يحتاج للمضاربة بالثمن وهو إضرار به ، وهنا الواجب المثل فلا إضرار ، ومن ثم لو فرض فلس الغاصب أيضا لم يبعد كما فى المطلب جعل المغصوب منه أحق بالمختلط من غيره ، ولو خلط مثليا مغصوبا بمثله مغصوب برضا مالكه أولا أو انصب كذلك بنفسه فمشترك لانتفاء التعدى كما قال البلقينى المعروف عند

وخلطهما اشتركا فيهما (قوله كتراب أرض موقوفة) أفهم أن تراب المملوكة إذا خلطه بالزبل يملكه الغاصب بخلطه وإن جعله آجرا فلا يرده لمالكه ، وإنما يرد مثل التراب ، وقياس رد الزيت المتنجس وجلد الشاة أن يرده لمالكه لأنه أثر ملكه ، إلا أن يقال : الزيت المتنجس لا يمكن تملكه بوجه والتراب المخلوط بالزبل يمكن الحكم بملك الغاصب له لأنه وإن اختلط بالزبل عينه باقية ونجاسته إنما هى للزبل المخالط له ، والمنع من بيعه إنما هو لتعذر تمييز الزبل من التراب فبقى للغاصب لتعذر رده مع كونه فى نفسه قابلا للملك (قوله لاضمحلاله بالنار) بقى مالو كان لبنا اهـ سم على حج ، وينبغى أنه إن أمكن تمييز ترابه من الزبل بعد بله لزمه وإلا رده للناظر كالآجر وغرم مثل التراب (قوله ويتصرف فى الباقى الخ) قضية ذلك أن الحجر عليه إنما هو فى القدر المغصوب لا فى جميع المخلوط حتى يصح بيع ماعدا القدر المغصوب شائعا قبل العزل فليتأمل اهـ سم على حج . أقول : ولا مانع من ذلك لكن لو تلف ما أفرزه للمغصوب منه هل يضمن بدله لتعينه بإفرازه أو يتبين عدم الاعتداد بالإفراز حتى لا يجوز له التصرف فيما بقى إلا بعد إفراز قدر التالف ، وأنه لو كان تصرف فى الباقى قبل تلف المفرز يتبين بطلان تصرفه فى قدر المغصوب ، فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن الغاصب لا يبرأ من الضمان إلا بعد رد المغصوب أو بدله وحيث تلف ماعين له تبين بقاء حقه فى جهة الغاصب نظرا لما فى نفس الأمر (قوله وبهذا الخ) أى أن الأوجه أنه يحجر عليه الخ (قوله برضا مالكه) أى جنس المالك الصادق بالمالكين (قوله أو انصب) قد يخالف قوله أو اختلط عنده حيث جعله ثم كالتالف وهنا مشتركا . ويجاب بأن مامر من قوله بغيره المراد به من مال الغاصب وما هنا بغيره فلا تناقض . هذا والأولى أن يقال ماسبق من قوله أو اختلطا عنده مصور بما إذا أمكن تمييز المخلوط لما يأتى فى قوله وخرج بخلط الخ (قوله لانتفاء التعدى) هذا لا يأتى فيما لو خلط بغير إذن من الشريك المشار إليه

(قوله أى بغير الأردإ) أى لأنه حينئذ يجوز أن يدفع للمالك من عينه ، بخلاف المخلوط بالأردإ . وقضية التوجيه أن مالا يجوز فيه ذلك كجعل البر هريسة كذلك فليراجع (قوله وبهذا) أى كونه يحجر عليه حتى يؤدى مثله ، وقوله مع ما يأتى : أى فى شرح المتن الآتى (قوله بل هو تغليظ عليه) عطف على مافهم من السياق . والمعنى إن اندفع بما ذكر تشنيع السبكى الذى حاصله أن ماقاله الأصحاب من ملك الغاصب بالخلط تخفيف عليه لأنه ليس تخفيفا عليه بل هو تغليظ عليه الخ (قوله لانتفاء التعدى) قاصر على ما إذا اختلط بنفسه ، وكلام البلقينى وغيره إنما هو فى خصوص ما إذا خلطهما بغير رضا مالكيهما كما يعلم بمراجعة شرح الروض وبه تعلم ما فى سياق الشارح ، وأيضا فقوله برضا مالكيه وقوله أو انصب بنفسه ليس من صور المغصوب بالخصوص كما يعلم من شرح الروض أيضا ، على أن هاتين المسئلتين

الشافعية أنه لايملك منه شيئا ولا يكون كالمالك وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وإن جزم ابن المقرى بخلافه ، ويؤيد الأوّل ما أفتى به المصنف ، وفرق بأنه إنما ملكه فى الخلط بما له تبعا لماله ولا تبعية هنا ، ومن أنه لو غصب من جمع دراهم مثلا وخلطها خلطا لايتميز ثم فرق عليهم المخلوط بقدر حقوقهم حلّ لكل منهم قدر حصته ، فإن خص أحدهم بحصته لزمه أن يقسم ما أخذه عليه وعلى الباقين بالنسبة إلى قدر أموالهم ، هذا كله عند معرفة المالك أو الملاك كما تقرر ، أما مع جهلهم فإن لم يحصل اليأس من معرفتهم وجب إعطاؤها للإمام ليمسكها أو ثمنها لوجود ملاكها وله اقتراضها لبيت المال ، وإن أيس منها : أى عادة كما هو ظاهر صارت من أموال بيت المال ، فلمتوليه التصرف فيها بالبيع وإعطاؤها لمستحق شىء من بيت المال وللمستحق أخذها ظفرا ولغيره أخذها ليعطيها للمستحق كما هو ظاهر ، وقد صرح ابن جماعة وغيره بذلك ، وقول الإمام كغيره لو عم الحرام قطرا بحيث ندر وجود الحلال جاز أخذ المحتاج إليه وإن لم يضطر بلا تبسط محمول على توقع معرفة أهله وإلا فهو لبيت المال فيصرف للمصالح وخرج بخلط واختلط عنده الاختلاط من غير تعد كأن سال برّ على مثله فيشترك مالكاهما بحسبهما فإن استويا قيمة فبقدر كيلهما ، وإن اختلفا قيمة بيعا وقسم الثمن بينهما بحسب حقهما كما يأتى فى نظيره من اختلاط

بقوله أوّلا. إلا أن يقال المراد لانتفاء التعدى من المالكين (قوله أنه) أى الغاصب (قوله ويؤيد الأوّل) هو قوله فشترك (قوله ما أفتى به المصنف) أى السابق فى قوله ويكفى كما أفتى به المصنف أن يعزل الخ (قوله ومن أنه) عطف على ماتضمنه ما أفتى به المصنف من قوله أن يعزل الخ (قوله وإن أيس منها) أى المعرفة ، وليس من هذا مايقبض بالشراء الفاسد من جماعة بل يتصرف فيه من باب الظفر لأنه دفع فى مقابلته الثمن وتعذر عليه استرجاعه مع أنه لا مطالبة به فى الآخرة لأخذه برضا مالكيه (قوله ولغيره أخذها الخ) أى ومن الغير الغاصب فله الأخذ من ذلك ورده للمغصوب منه أو لوارثه (قوله وإلا) أى يتوقع معرفة أهله فهو : أى جميع ما فى ذلك القطر وإن كان بأيد موضوعة عليه(قوله فيشترك مالكاهما بحسبهما) أى فلو تنازعا فى قدر السائل أوقيمته صدق صاحب البرّ الذى سال إليه غيره لأن اليد له ، فلو اختلطا ولم يعلم يد لأحدهما كأن سال كل منهما إلى الآخر واختلط وقف الأمر إلى الصلح

[فرع] سئل سم فى الدرس عمن بذر فى أرض بذرا وبذر بعده آخر على بذره هل يملك الثانى بذر الأول للخلط ويلزمه للأوّل بدل بذره ؟ فأجاب بأن الذى ينبغى أن يقال : إن الثانى إن عدّ مستوليا على الأرض ببذره ملك بذر الأول وكان البذر للثانى ، ولزمه للأول بدل بذره لأنه إذا استولى على الأرض كان غاصبا لها ولما فيها ، وإن لم يعدّ الثانى مستوليا ببذره على الأرض لم يملك الثانى بذر الأول وكان الزرع بينهما بحسب بذرهما . وعبارة العباب : فرع : من بث بذره على بذر غيره من جنسه ونوعه وأثار الأرض انقطع حق الأول وغرم له الثانى مثله ، وأما لو اختلف الجنس كأن كان البذر الثانى غير الأوّل كأن بذر الأوّل حنطة مثلا والآخر باقلا فلا يكون بذر الأوّل كالتالف اهـ وقد أفتى الشيخ الرملى فى هذه بأن النابت من بذرهما لهما وعليهما الأجرة ، وهذا بخلاف مالو غصب بذرا وزرعه فى أرضه فإنه يكون لمالكه وعلى الغاصب أرش النقص اهـ . وقول العباب : وغرم الثانى مثله ، أفتى شيخنا الزيادى رحمه الله بأن القول قول الثانى فى قدره والله أعلم اهـ . هكذا رأيته بهامش بخط بعض الفضلاء ، وقول سم إن عدّ مستوليا على الأرض : أى كأن كان أقوى من الأوّل أو كان بذره أكثر

كرّر إحداهما فى قوله الآتى وخرج بخلط أو اختلط عنده الاختلاط من غير تعدّ الخ (قوله ويؤيد الأول ما أفتى به المصنف) أى الآتى على الأثر فى قوله ومرّ أنه لو غصب من جمع دراهم الخ (قوله وفرق) أى بين مسئلة البلقينى وبين ما حمل

حمام البرجين وتمتنع قسمة الحب على قدر قيمتها للربا ، ولو غصب ورقا وكتب عليه قرآنا أو غيره كان كالهالك كما قاله ابن الصباغ ، واعتمده الوالد رحمه الله لأنه لايمكن رده بحاله خلافا لمن ذهب إلى أنه كالصبغ فيما مرّ ، والطريق الثانى قولان : أحدهما مامرّ والثانى يشتركان فى المخلوط وللمغصوب منه قدر حقه من المخلوط (وللغاصب أن يعطيه) أى المالك وإن أبى (من غير المخلوط) لانتقال الحق إلى ذمته ، ولما مر من أن المختلط صار كالهالك ومن المخلوط إن خلطه بمثله أوأجود مطلقا أو بأردأ إن رضى ، والقول بأن الغاصب ليس أولى من المالك بملك الكل بل الهالك أولى به لانتفاء تعديه ممنوع ، إذ المغصوب لما تعذر رد عينه لمالكه بسبب يقتضى شغل ذمة الغاصب به لتعديه مع تمكين المالك من أخذ بدله حالا جعل كالهالك للضرورة ، وذلك غير موجود فى المالك لعدم تعدّ يقتضى ضمان ما للغاصب ، فلو ملك الكل لم يلزمه رد شىء وبفرض لزومه لايلزمه الفور ففيه حيف ظاهر ، وقد يوجد الملك مع انتفاء الرضا للضرورة كأخذ مضطر طعام غيره قهرا عليه لنفسه أو لدابته ، وليس إباق الرقيق كالخلط حتى يملكه الغاصب لرجاء عوده فلزمه قيمته للحيلولة ولا ضرورة لكونها للفيصولة ، وإنما لم يرجحوا قول الشركة لأنه صار مشاعا ففيه تملك كل حق الآخر بغير إذنه أيضا ، بخلاف ما إذا علقنا حقه بالذمة فيتصرف فيه حالا بحوالة أو نحوها ، ولهذا صوب الزركشى قول الهلاك . قال : ويندفع المحذور بمنع الغاصب

من بذر الأوّل (قوله كان كالهالك) أى فيرد مثله لأنه مثلى (قوله أو أجود مطلقا) أى رضى المالك أم لا (قوله فلو ملك) أى المالك مفرع على قوله والقول بأن الخ (قوله لم يلزمه شىء) فى هذه الملازمة كالآتية خفاء اهـ سم على حج . لعل وجه الخفاء أنا لو قلنا بملكه الكل ألزمناه بردّ بدل مال الغاصب أو جعل الكل شركة بينهما (قوله ففيه حيف) أى بالغاصب (قوله وقد يوجد الملك) دفع به ماقد يقال كيف يملكه الغاصب بدون تمليك من المالك (قوله كأخذ مضطر) هل يحصل ملكه بمجرد الأخذ كما قد تدل له هذه العبارة أو يجرى فيه ماقيل فى ملك الضيف أو كيف الحال اهـ سم على حج . القياس الثانى بل لو قيل بأنه لايملك هنا إلا بازدراد وإن قلنا بملك الضيف

عليه الشارح كلام المتن من كون الغير للغاصب (قوله فلو ملك الكل لم يلزمه ردّ شىء) قال الشهاب سم فى هذه الملازمة كالآتية خفاء اهـ . وأقول : لاخفاء فيهما إذ الذى شغل ذمة الغاصب للمالك وأوجب عليه الفور إنما هو تعديه كما قرر الشارح كالشهاب حج والتعدى مفقود فى المالك ، فلو قلنا بملكه للجميع لم يكن لرجوع الغاصب عليه موجب كما لايخفى لأن العين صارت مملوكة له وذمته غير مشغولة له بشىء فاتضحت الملازمة (قوله ففيه تملك كل حق الآخر بغير إذنه أيضا) أى كما أن القول بأنه كالهالك كذلك إذ فيه تملك الغاصب عين مال المالك وتملك المالك مافى ذمة الغاصب قهرا . قال فى التحفة عقب ما فى الشارح هنا مانصه : ومنع أى وفيه منع تصرف المالك قبل البيع أو القسمة هنا أيضا بسبب التعدّى بل فوات حقه إذ قد يتلف ذلك فلا يجد مرجعا ، بخلاف ما إذا علقناه بالذمة إلى آخر ما فى الشارح ، ولابدّ من هذا الذى فى التحفة إذ هو الذى يمتاز به القول بالشركة عن القول بالهلاك ، وأيضا فقوله بخلاف الخ إنما ينتظم معه ، ولعله سقط من نسخ الشرح من الكتبة . وحاصل مافى هذا المقام أنهم إنما لم يرجحوا قول الشركة لأن فيه مافى القول بالهلاك وزيادة ، أما كونه فيه ما فى القول بالهلاك لأن حق كل من المالك والغاصب يصير مشاعا فيلزم أن كلا تملك حق الآخر بالإشاعة بغير إذنه وهو المحظور الموجود فى القول بالهلاك ، وأما كونه فيه زيادة على ما فى القول بالهلاك فهو أنه يلزم عليه منع المالك من التصرف قبل البيع أو القسمة وذلك غير موجود فى القول بالهلاك فلذلك رجحوه ، وبما قررته يندفع ما أطال به الشهاب سم

من التصرف فيه وعدم نفوذه منه . حتى يدفع البدل كما مر ، وإذا كان المالك لو ملكه ذلك بعوض لم يتصرف حتى يرضى بذمته ، فمع عدم رضاه بالأولى قال بعضهم : كيف يستبعد القول بالملك وهو موجود فى المذاهب الأربعة بل اتسعت دائرته عند الحنفية والمالكية (ولو غصب خشبة) مثلا (وبنى عليها) فى ملكه أو غيره ولم يخف من إخراجها تلف نحو نفس أو مال معصوم وكلامه الآتى صالح لشموله هذه أيضا (أخرجت) ولو تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه ويلزمه أجرة مثلها وأرش نقصها ومحله إن بقى لها قيمة ولو تافهة وإلا فهى هالكة فيلزمه مثلها ، فإن تعذر فقيمتها ، ويرجع المشترى على بائعه بأرش نقص بنائه إن كان جاهلا ، ومن ثم أفتى بعضهم فيمن أكرى آخر جملا وأذن له فى السفر به مع الخوف وتلف فأثبته آخر له وغرمه قيمته بأنه يرجع بها على مكريه إن جهل أن الجمل لغيره (ولو) غصب خشبة و (أدرجها فى سفينة فكذلك) تخرج مالم تصر لا مثل لها

بوضعه بين يديه أو فى فه لم يبعد لأنه إنما جاز له أخذه لضرورة ، وحيث لم يبلعه بأن سقط من فه أو لم يدخله فه أصلا لم يتحقق دفع الضرورة به (قوله حتى يدفع البدل) أى أو يعزل من المخلوط قدر المغصوب كما قدمه عن فتاوى المصنف اه سم على حج . فلو تعذر رد البدل لغيبة المالك رفع الأمر لحاكم يقبضه عن الغائب أو تعذر رد البدل لعدم القدرة عليه فيحتمل منعه من التصرف لتقصيره وإن تلف ، ويحتمل أن يرفع الأمر للحاكم ليبيعه ويحصل بثمنه البدل أو بعضه وما بقى من البدل يبقى دينا فى ذمة الغاصب (قوله كيف يستبعد القول بالملك) أى للغاصب (قوله ولو غصب خشبة وبنى عليها) قال فى العباب : ولو منارة لمسجد ، ثم قال : وغرم نقص المنارة للمسجد وإن كان هو المتطوع بها لخروجها عن ملكه ، وقوله وإلا فهى هالكة وينبغى أن الخشبة حينئذ للمالك لأنها غير متقومة وهى أثر ملكه اه سم على حج . أقول ومنه يؤخذ أنه لا نظر إلى تلف ما بنى عليها وإن كان معصوما وبه يعلم أن قوله إلا أن يخاف تلف مال : يعنى غير ما أدرجت فيه الخشبة إذا كان تلفه باخراجها لا بنحو غرق ، وبه يندفع ما يقال قوله ولو تلف من مال الغاصب الخ مناف لما يأتى من قوله ولو للغاصب (قوله ويرجع المشترى) أى من الغاصب (قوله إن كان جاهلا) ويصدق فى ذلك مالم تدل قرينة على خلافه (قوله وأذن فى السفر به مع الخوف) إنما قيد به لأنه مظنة لعدم رجوع المستأجر على الغاصب لكونه قصر بالسفر به زمن الخوف ، لكنه لما كان بإذن من الغاصب نسب التعزير له فرجع المستأجر عليه ، أما زمن الأمن فالرجوع فيه لأنه أمين ظاهر فلا يحتاج للتنبيه عليه (قوله وغرمه) أى المكترى (قوله فكذلك تخرج) هو ظاهر إن علم ، فإن لم يعلم كأن اختلطت السفينة بسفن فهل يعد كالتالف أو لا ؟ فيه نظر ، والأقرب قياسا على ماقدمه الشارح فى الفصل السابق من قوله ولو غصب ثوبا ثم أحضر للمالك ذلك وقال هذا الذى غصبته منك وقال المالك بل غيره الخ أن يقال : إن أقام المالك بينة عمل بها وإن لم يقم بينة صدق الغاصب فى تعيينه ، ثم إن صدقه المغصوب منه فذاك وإلا كان كمن أقر بشىء لغيره وكذبه فيه فيبقى تحت يده ، ولا شىء عليه غيره بناء على ما استوجهه الشارح فى مسئلة الثوب المذكورة ولزمه بدل الخشبة على ماذكره عن البلقيني . وينبغى أن يأتى مثل هذا فيما لو اتفقا على الغصب وادعى الغاصب أن المغصوب اللوح الذى فى أعلى السفينة والمغصوب منه أنه فى أسفلها (قوله مالم تصر لا مثل لها) أى فلا تخرج لأنها كالهالكة ، ولا ينافى هذا ماقدمناه عن سم من أنها للمالك ، إذ هى أثر ملكه ، لأن المراد أنها إذا

فى حاشيته على التحفة بما هو مبنى على فهم أن المراد فيها أن جميع ماذكر من قوله ففيه تملك كل حق الآخر الخ موجود فى القول بالشركة وليس موجودا فى القول بالهلاك ، وقد تبين بما تقرر أن هذا ليس مراده فتأمل .

(إلا أن يخاف تلف نفس أو مال معصومين) أو اختصاص كذلك ، ولو للغاصب بأن كانت فى اللجة والخشبة فى أسفلها فلا تنزع إلا بعد وصولها للشط وللمالك حينئذ أخذ قيمتها للحيلولة ، والمراد أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه كما هو ظاهر لاشط مقصده وكالنفس نحو العضو وكل مبيح للتيمم ، وقال الزركشى كغيره إلا الشين أخذا مما صرحوا به فى الخيط مراده إلا الشين فى حيوان غير آدمى ، لأن هذا هو الذى صرحا به ثم حيث قالا : وكخوف الهلاك خوف كل محذور يبيح التيمم وفاقا وخلافا ، ثم قالا : للحيوان غير المأكول حكم الآدمى إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين اهـ . ولو شهد بمغصوب جبيرة كان كما لو خالط به جرحه ، قاله المتولى ، ولا يذبح لنزعه مأكول ولا غيره للنهى عن ذبح الحيوان لغير أكله ، ويضمنه لأنه حال بينه وبين مالكه ، ولو خالط به الغاصب جرحا لآدمى بإذنه فالقرار عليه وإن جهل الغصب كأكله طعاما مغصوبا وينزع الخيط المغصوب من الميت ولو آدميا وإنما لم ينزع منه حال الحياة لحرمة الروح ، أما نفس غير معصومة كزان محصن ولو رقيقا كأن زنى ذميا ثم حارب واسترق وتارك صلاة بعد أمر الإمام بها ، وحربى ومرتد ومال غير معصوم كمال حربى فلا يبقى لأجلهما لإهدارهما (ولو وطىء المغصوبة) الغاصب (عالما بالتحريم) ولم يكن أصلا لمالكها (حدّ) وإن جهلت لأنه زان (وإن جهل) تحريم الزنا مطلقا أو نشأ بعيدا عن العلماء (فلا حدّ) للشبهة (وفى الحالين) أى حالى علمه وجهله (يجب المهر) لأنه استوفى المنفعة وهى غير زانية ، لكن فى حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطء وفى حالة العلم يتعدد ، وإن وطئها مرة عالما وأخرى جاهلا فمهران كما سيأتى فى الصداق (إلا أن تطاوعه) عالمة بالتحريم

خرجت بعد ذلك كانت للمالك (قوله والمراد أقرب شط) أى ولو ماسار منه اهـ سم (قوله إلا الشين) قضية الاقتصار على هذا الاستثناء أن بطء البرء كغيره ، ولا يخلو عن وقفة وقوله حيوان شامل للمأكول اهـ سم على حج : أى وهو مناف لما قيد به بعد فى قوله حيوان غير المأكول (قوله لأن هذا هو الذى صرح به ثم) أى فى مسئلة الخيط (قوله ببقاء الشين) أى فى الحيوان غير المأكول (قوله كما لو خاط به جرحه) أى فلا ينزع إن خيف من نزعه محذور تيمم (قوله لنزعه) أى المغصوب (قوله ويضمنه) أى مالك الحيوان (قوله فالقرار عليه) أى الآدمى (قوله وينزع الخيط) أى يجوز وإن ترتب عليه إزراء بالميت كما فى تفرقت أوصاله بسبب نزعه (قوله كمال حربى) أى أو اختصاصاته (قوله لأجلهما) أى النفس والمال (قوله ولم يكن أصلا) أما إذا كان أصلا له فلا لما فى مال ولده من شبهة الإعفاف (قوله وإن جهل تحريم الزنا مطلقا) انظر معنى الإطلاق ولعله قرب عهده بالإسلام أم لا ، ولكن يقيد الحدّ فيمن قرب عهده بمن كان غير مخالط لنا مخالطة تمنع من خفاء التحريم عليه أخذا مما يأتى ، وعبارة حج تحريم الزنا مطلقا أو بالمغصوبة ، وقد عذر بقرب إسلامه ولم يكن مخالطا لنا أو مخالطا[١] وأمكن اشتباه ذلك عليه أو نشئه بعيدا عن الخ اهـ . ومعنى الإطلاق عليها ظاهر ، فإن معنى سواء غير المغصوبة والمغصوبة (قوله يجب المهر إلا أن تطاوعه) ويظهر فى مميزة عالمة بالتحريم أنها ككبيرة فى سقوط المهر ، لأن ماوجد منها صورة زنا فأعطيت حكمه ، ألا ترى أنه لو اشتراها ثم رأى فيها ذلك ردها اهـ سم على حج. أقول : وقد يفرق بين الرد وما ذكر بأن العيب فى المبيع مانقص القيمة والزنا منها على الوجه المذكور ينقص قيمتها ويقلل

(قوله تحريم الزنا مطلقا أو نشأ بعيدا عن العلماء) هكذا فى نسخ الشارح ولعل فيه سقطا من النساخ ، وعبارة التحفة تحريم الزنا مطلقا أو بالمغصوبة وقد عذر بقرب إسلامه ولم يكن مخالطا لنا أو مخالطا وأمكن اشتباه ذلك عليه أو نشئه بعيدا عن العلماء

كما يفهم من قوله الآتى إن علمت (فلا يجب) مهر (على الصحيح) لأنها زانية وقد نهى عن مهر البغى . والثانى يجب لأنه لسيدها فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع يدها . وأجاب الأول بأن المهر وإن كان للسيد فقد عهدنا تأثره بفعلها كما لو ارتدت قبل الدخول (وعليها الحد إن علمت) بالتحريم كزناها وكالزانية مرتدة ماتت على ردتها ، وتقدم أنه يجب لها هنا أرش البكارة ومهر ثيب (ووطء المشترى من الغاصب كوطئه) أى الغاصب (فى الحد والمهر) وأرش البكارة أيضا إن كانت بكرا لاشتراكهما فى وضع اليد على ملك الغير بغير حق . نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا مالم يقل علمت الغصب فيشترط عذر من نحو قرب إسلام مع عدم مخالطتنا أو خالط وأمكن اشتباه ذلك عليه (فإن غرمه) أى المالك المشترى المهر (لم يرجع به) المشترى (على الغاصب فى الأظهر) لأنه الذى انتفع وباشر الإتلاف ، وكذا أرش البكارة لأنه بدل جزء منها أتلفه . والثانى يرجع إن جهل الغصب لأنه لم يدخل فى العقد على ضمانه فيرجع به على البائع لأنه غره بالبيع (وإن أحبل) الغاصب أو المشترى منه المغصوبة (عالما بالتحريم فالولد رقيق غير نسيب) لما مر أنه زنا ، فلو انفصل حيا فمضمون على الغاصب ، أو ميتا بجناية فبدله للسيد ، أو بغيرها ففى وجوب ضمانه على المحيل وجهان ، أوجههما كما قاله أبو إسحق وغيره عدمه ، لأن حياته غير متيقنة ويجرى الوجهان فى حمل بهيمة مغصوبة انفصل ميتا ، واقتصار الشارح على حكاية الضمان لثبوت

الرغبة فيها ومدار المهر على الزنا ولم يوجد منها زنا حقيقة (قوله فلا يجب مهر) خرج أرش البكارة فيجب مع المطاوعة كما قال فى شرح الروض : ولا يسقط أرشها بمطاوعتها اه سم على حج (قوله وقد نهى عن مهر البغى) أى الزانية (قوله كزناها) أى فى عدم وجوب المهر اه سم على حج (قوله وأرش البكارة) هذا يفيد أن المشترى من الغاصب يجب بوطئه البكر مهر ثيب وأرش بكارة ، وعليه فيخص قولهم المقبوضة بالشراء الفاسد يجب بوطئها مهر بكر وأرش بكارة بالمشترى من غير الغاصب ، وأما المشترى منه فالواجب بوطئها مهر ثيب وأرش بكارة وقد يلتزم ذلك ، ويفرق بينهما لأنهم ثم إنما أوجبوا مهر البكر مع الأرش لاستناد الوطء إلى عقد مختلف فيه ، بخلاف الشراء من الغاصب فإنه لم يختلف فى فساده فنزل منزلة الغاصب وحكمه ماتقدم ، وفرقوا بينه وبين المقبوض بالشراء الفاسد : ومن أراد تحقيق الفرق فلينظر مامر (قوله مطلقا) قرب عهده بالإسلام أم لا نشأ بعيدا أم لا (قوله وأمكن اشتباه ذلك عليه) يؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا وطىء جارية زوجته وأحبلها مدعيا حلها له وأن ملك زوجته ملك له وهو عدم قبول ذلك منه وحده وكون الولد رقيقا لعدم خفاء ذلك على مخالطنا .

[فرع] أذن المالك للغاصب أو للمشترى منه بالوطء هل يسقط المهر ؟ فيه قولان ، أو تسقط قيمة الولد ؟ فيه طريقان ، رجح ابن القطان عدم سقوط المهر وهو قياس نظيره فى الرهن ، وقياسه ترجيح عدم سقوط قيمة الولد اه سم على حج . ثم رأيت قول الشارح وعلم مما مر الخ (قوله فلو انفصل حيا) أى ومات روض اه سم على حج : أى فإن بقى حيا وأحبلها الغاصب بزنا كما هو الفرض فهو رقيق للسيد (قوله كما قاله أبو إسحق الخ) معتمد (قوله انفصل ميتا) قضيته أن ولد البهيمة يفرد بالضمان عن أمه ، وليس مرادا فإن حمل البهيمة إنما يضمن بما نقص من قيمة أمه وحينئذ يتأمل الوجه القائل بعدم الضمان ما المراد به (قوله واقتصار الشارح على حكاية الضمان) أى

(قوله فمضمون على الغاصب) أي والمشترى منه كما صرح به فى التحفة

اليد عليه تبعا لأمه تبع فيه الرافعى هنا ، وقال إنه ظاهر النص ، لكن صحح بعد ذلك بأوراق عدم الضمان ، وقوّاه فى الشرح الصغير (وإن جهل) التحريم (فحر) من أصله لا أنه انعقد رقيقا ثم عتق كما قال فى المطلب المشهور (نسيب) للشبهة (وعليه) إذا انفصل حيا حياة مستقرة (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه ، فإن انفصل ميتا بجناية فعلى الجانى ضمانه وهى عشر قيمة أمه ، كما يضمن الجنين الحرّ بغرة عبد أو أمة كما يعلم ذلك مما يأتى فى الجراح فتضمين المالك للغاصب وللمشترى منه بذلك ، وسيأتى ثم إن بدل الجنين المجنى عليه تحمله العاقلة ، لأنا نقدره قنا فى حقه والغرة مؤجلة فلا يغرم الواطىء حتى يأخذها ، قاله المتولى ، وتوقف الإمام فيه أو بغير جناية فلا ضمان لانتفاء تيقن حياته ، ويخالف مالو انفصل رقيقا ميتا على القول بضمانه ، لأن الحمل لايدخل تحت اليد فجعل تبعا للأم ، ولو انفصل حيا حياة غير مستقرة ثم مات وجب ضمانه فيما يظهر من تردد للأذرعى ، ورجحه بعضهم أيضا كما أفهمه تعليلهم الميت بأنا لم نتيقن حياته واقتصاره على المشترى يفهم أن المتهب من الغاصب لايرجع بها وهو أصح الوجهين خلافا لبعض المتأخرين ، وعلم مما مرّ لزوم المهر وقيمة الولد للغاصب والمشترى منه ، وإن أذن المالك فى الوطء وهو الأصح والعبرة بقيمته (يوم الانفصال) لتعذر التقويم قبله ويلزمه أرش نقص الولادة (ويرجع بها) أى بالقيمة(المشترى على الغاصب) لأنه غرّه بالبيع وغرمها ليس من قضية الشراء ، بل قضيته أن يسلم له الولد حرا من غير غرامة ، وما وقع فى الروضة بخط المصنف من قوله ولا يرجع نسب لسبق القلم (ولو تلف المغصوب عند المشترى) من الغاصب (وغرمه) لمالكه (لم يرجع) بما غرمه على الغاصب عالما أو جاهلا وإنما يرجع عليه بالثمن (وكذا) لايرجع بالأرش الذى غرمه (لو تعيب عنده) بآفة (فى الأظهر) تسوية بين الجملة والإجزاء . والثانى يرجع للتغرير بالبيع ، أما إذا كان بفعله فلا يرجع قطعا (ولا يرجع) عليه (بغرم

فيما لو انفصل الولد الرقيق ميتا بلا جناية (قوله لا أنه انعقد رقيقا الخ) أى وتظهر فائدة ذلك فى الكفاءة فى النكاح (قوله وهى عشر قيمة أمه) أى سواء كان حرا أو رقيقا لأنا نقدّر الحر رقيقا فى حق الغاصب والمشترى لأن ضمانهما لتفويت الرق على السيد (قوله فلا يغرم الواطىء) أى للمالك حتى يأخذها أى من الجانى (قوله قاله المتولى) معتمد (قوله على القول بضمانه) أى وهو مرجوح (قوله ولو انفصل) محترز قوله حياة مستقرة (قوله وجب ضمانه) انظر بماذا يضمن ، وزاد حج بعد قوله ضمانه كالحى اهـ،وعليه فلو لم تكن له قيمة هل تعتبر قيمته بتقدير أن له حياة مستقرة ، أويضمنه بعشر قيمة أمه كما لو نزل ميتا بالجناية ؟ فيه نظر ، ولا يبعد أن المراد الأوّل لأنه الذى يظهر فيه التردد بين كونه مضمونا أولا (قوله لايرجع بها) أى القيمة على الغاصب (قوله وهو أصح الوجهين) ولعل وجهه أن المتهب لما لم يغرم بدل الأم للغاصب ضعف جانبه فالتحق بالمتعدى ، والمشترى ببذله الثمن قوى جانبه وتأكد تغريره من البائع بأخذه الثمن قياس التغليظ على البائع بالرجوع عليه بالقيمة(قوله أى بالقيمة) أى قيمة الولد ومثله قيمة أرش الولادة اهـ حج وقضية كلام الشارح عدم الرجوع بأرش الولادة ، ويوجه بأنه فى مقابلة مافات من الجارية فهو شبيه بما لو تعيبت فى يده وأرش العيب إذا غرمه الغاصب لايرجع به (قوله لو تعيب عنده بآفة) خرج به ماغرمه بنقصانها بالولادة وقد تقدم عن حج (قوله أما إذا كان الخ) محترز

(قوله ويخالف ما لو انفصل رقيقا ميتاالخ) عبارة التحفة : وفارق مامر فى الرقيق بأنه يدخل تحت اليد فجعل تبعا للأم فى الضمان ، وهذا حر فلا يدخل تحت اليد انتهت . واعلم أن فى بعض نسخ الشارح هنا كلاما غير منتظم وفى بعضها مايوافق ما فى التحفة فليتنبه له .

منفعة استوفاها) كلبس وركوب وسكنى فى الأظهر لما مرّ (فى المهر) ومقابل الراجح يقول غره بالبيع (ويرجع) عليه (بغرم ماتلف عنده) من المنافع ونحوها كثمر ونتاج وكسب من غير استيفاء إذا غرمه المالك مقابلها ، وشمول العبارة للعين غير مراد لتقديم حكمه ، وكلامه هذا إنما هو فى المنفعة والفوائد من قبيل المنفعة (وبأرش نقص) بالمهملة (بنائه وغراسه إذا نقض) بالمعجمة من جهة ملك الأرض (فى الأصح) فيهما أما الأولى فلأنه لم يتلفها ولم يلتزم ضمانها بالعقد ، وأما الثانية فلأنه غره بالبيع والثانى فى الأولى ينزل التلف عنده منزلة إتلافه وفى الثانية يقول كأنه بالبناء والغراس يتلف ماله (وكلما) أى شىء (لو غرمه المشترى رجع به) على الغاصب كأجرة المنافع الفائتة تحت يده وقيمة الولد (لو غرمه الغاصب) ابتداء (لم يرجع به على المشترى) لأن القرار على الغاصب فقط (ومالا) أى وكلما لو غرمه المشترى لم يرجع به على الغاصب كقيمة العين والأجزاء ومنافع استوفاها (فيرجع) به الغاصب إذا غرمه ابتداء على المشترى لأن القرار عليه فقط لتلفه تحت يده . نعم إن سبق من الغاصب اعتراف بالملك لم يرجع قطعا لأنه مقرّ بأن المغصوب منه ظالم له والمظلوم لايرجع إلا على ظالمه ، ولو غرم قيمة العين وقت الغصب لكونها أكثر لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمته وقت قبض المشترى إلى التلف لأنه لم يدخل فى ضمان المشترى ، ولا تستثنى هذه لأن المشترى لايغرم الزائد فلا يصدق به الضابط المذكور (قلت) كما قال الرافعى فى الشرح (وكل من انبنت) بنونين ثانية ورابعة كما بخطه (يده على يد الغاصب فكالمشترى) فيما مرّ من الرجوع وعدمه (والله أعلم) قال الأسنوى : وقد سبق أوّل الباب بيان ذلك فقال : والأيدى المترتبة على يد الغاصب أيدى ضمان إلى آخره ، فتأمل ماقاله هناك وقيد به ما أطلقه هنا .

قوله بآفة الخ (قوله لما مرّ) أى من أنه الذى انتفع به وباشر الإتلاف (قوله ويرجع عليه الخ) أى يرجع المشترى على الغاصب ويخرج بالمشترى المتهب ، فقضيته أنه لايرجع ببدل ماغرمه فى المنافع الفائتة بلا استيفاء منه وهو قياس ماتقدم من عدم الرجوع بقيمة الولد .

[فرع] ادعى على آخر تحت يده دابة أن له فيها النصف مثلا وأنه غصبها فأجاب بأنها إنما كانت عندى بجهة المهايأة وأقام بينة بها لم يضمنها كما استنبطه البلقينى من كلام المروزى فى الشركة ، وقول بعضهم إنها فى زمن نوبته كالمعارة عنده فليضمنها يردّ بأن جعل الأكساب كلها له زمن نوبته صريح فى أنه كالمالك لها لا كالمستعير اهـ حج وكتب سم على قوله وأقام بينة الخ سكت عن بيان حكم مفهومه ، ويحتمل أنه تصديق المدعى كما لو ادعى أحد على آخر الغصب وادعى آخر الوديعة مثلا اهـ : أى فالمصدق مدعى الغصب (قوله وشمول العبارة) هى قول المصنف ويرجع بغرم ماتلف (قوله أما الأولى) هى قوله ويرجع بغرم ما تلف عنده . والثانية هى قوله بأرش نقص بنائه (قوله لم يرجع) أى على المشترى (قوله ولو غرم) أى الغاصب (قوله لم يرجع بالزائد) أى على المشترى (قوله وقيد به ما أطلقه هنا) أى بأن يقال وكل من انبنت يده هى ضامنة كالمستعير والمستام ، أما لو كانت يده أمينة كالوديع فهو كالغاصب فى كونه طريقا فى الضمان ، وأما قرار الضمان فعلى الغاصب مالم يكن من انبنت يده على يد الغاصب متهبا فقرار الضمان عليه كالمشترى .

(قوله المتن فكالمشترى) أى إلا فيما مر فى قول الشارح واقتصاره على المشترى .

كتاب الشفعة

بإسكان الفاء ، وحكى ضمها . وهى لغة من الشفع ضد الوتر ، فكأن الشفيع يجعل نفسه شفعا بضمه نصيب شريكه إليه ، أو من الشفاعة لأن الأخذ فى الجاهلية كان بها : أى بالشفاعة ، أو من الزيادة والتقوية ويرجعان لما قبلهما ، وشرعا : حق تملك قهرى ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر : أى ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها كمنور ومصعد وبالوعة فى الحصة الصائرة إليه ، وقيل ضرر سوء المشاركة ، ولكونها تؤخذ قهرا ناسب ذكرها عقب الغصب للإشارة إلى استثنائها منه ، والأصل فيها الإجماع إلا من شذ ، والأخبار كخبر البخارى « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم فإذا

كتاب الشفعة

(قوله من الشفع ضد الوتر) مأخوذة منه ولم يبين المعنى الذى نقلت إليه عن اللغة حين الأخذ ، وفى شرح الروض أنه ضم نصيب إلى نصيب آخر اهـ . فيكون المأخوذ أخص من المأخذ منه وهو كاف فى المغايرة (قوله يجعل نفسه) أى أو نصيبه اهـ حج (قوله بضمه) أى بسبب ضمه الخ (قوله أو من الشفاعة) عطف على من الشفع (قوله والتقوية) عطف مغاير (قوله ويرجعان) أى الزيادة والتقوية لما قبلهما : أى من قوله أو من الشفاعة ، وذلك لأن أقل ما يزاد عليه الواحد والمزيد عليه وتر والزائد إذا انضم إلى الواحد كان المجموع ضد الوتر (قوله وقيل ضرر الخ) المانع من إرادة الأمرين اهـ سم على حج . ولعله ما يأتى من أنه إذا جعل ضرر القسمة اشترط فى المأخوذ قبوله لها وإن جعل ضرر المشاركة لم يشترط (قوله للإشارة إلى استثنائها) فى الاستثناء شىء لعدم دخولها فى الغصب لخروجها عنه بقيد عدوانا أو بغير حق إلا أن يراد الإشارة إلى أنها كأنها مستثناة منه اهـ سم على حج (قوله إلا من شذ) أى حيث منع الأخذ بها (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم الخ) فإن قلت : الأفعال وما نزل منزلتها لاعموم فيها ، وما من صيغ العموم لأنها من كلام الراوى إخبارا عن فعله صلى الله عليه وسلم ، والعموم إنما هو من جهة الألفاظ ولم يعلم ما وقع منه صلى الله عليه وسلم لاحتمال أن الواقع منه أن شخصا باع حصته من دار فقضى لشريكه بالشفعة ، ويحتمل خلاف ذلك ، فلم يصح الاستدلال بالعموم الذى فى ما ؟ ويمكن الجواب بأن الراوى فهم العموم مما وقع منه صلى الله عليه وسلم فأخبر عما فهمه من حاله صلى الله عليه وسلم وأقر عليه فصار إجماعا على أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل مالم يقسم ، أو يقال نزل القضاء منزلة الإفتاء : أى أفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ (قوله فى كل مالم يقسم) أى مشترك لم يقسم لأن عدم

كتاب الشفعة

(قوله أو من الزيادة والتقوية) المناسب أو التقوية لأنهما مأخذان مختلفان قال بكل منهما قائل وانظر اللفظ المستعمل فى الزيادة والتقوية هل هو لفظ الشفع أو الشفاعة أو غيرهما (قوله بما ملك به) لاحاجة إليه فى التعريف ولذا لم يذكره غيره لأن التعريف للحق الثابت بالشراء الذى هو حقيقة الشفعة وأما ما يملك به الشفيع فإنما يتعلق بالتملك بعد ذلك فهو نظير ما سيأتى فى صفة التملك (قوله وقيل ضرر سوء المشاركة) وينبنى على القولين أنا إن

وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفى رواية : له فى أرض أو ربع أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه : أى لايحل له ذلك حلا مستوى الطرفين إذ لا إثم فى عدم استئذان الشريك . والربع المنزل والحائط البستان ، وقوله لم يقسم ظاهر فى أنه يقبل القسمة إذ الأصل فيا نفى بلم كونه فى الممكن بخلاف مانفى بلا ، واستعمال أحدهما مكان الآخر تجوّز أو إجمال قاله ابن دقيق العيد ، والعفو عنها أفضل مالم يكن المشترى نادما أو مغبونا . ولها ثلاثة أركان : آخذ ، ومأخوذ ، ومأخوذ منه ، والصيغة إنما تجب فى التملك كما سيأتى (لاتثبت فى منقول) ابتداء كحيوان وثياب وإن بيع مع الأرض للخبر المار ولأنه لايدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة ، وخرج بابتداء تهدّم الدار بعد ثبوت الشفعة فيؤخذ نقضها بها (بل) إنما تثبت (فى أرض وما فيها من بناء) وتوابعه الداخلة فى مطلق البيع كأبواب منصوبة ورفوف مسمرة ومفتاح غلق مثبت وكل منفصل توقف عليه نفع متصل (وشجر)

القسمة يستلزم الشركة ، ورواية مسلم : فى كل شركة لم تقسم (قوله وصرفت) أى ميزت وبينت ، وهو بالتشديد كما يؤخذ من كلام مالك حيث قال من الصرف بكسر الصاد وهو الشيء الخالص اه شرح المشكاة بالمعنى ونصها : وفسرت صرفت ببينت لقول مالك معناه خلصت وبينت من الصرف بكسر أوّله وهو الخالص من كل شيء (قوله وفى رواية له فى أرض) لعله بعد قوله فى كل مالم يقسم ، وحينئذ فيوافق ما رواه مسلم من قوله فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ، وقوله إذ لاإثم فى عدم الخ لايصلح هذا بمجرده صارفا عن الحرمة فكان ينبغى أن يذكر مايدل على عدمها ، فلعل المراد إذ لا إثم لما ثبت عندهم بالدليل ومع ذلك فيه شيء (قوله حتى يؤذن) أى يعلم (قوله والربع المنزل) أى فهو مفرد وقيل اسم جمع . قال فى شرح مسلم للنووى : والربع والربعة بفتح الراء وإسكان الباء والربع الدار والمسكن ومطلق الأرض وأصله المنزل الذى كانوا يربعون فيه ، والربعة تأنيث الربع وقيل واحدة ، والجمع الذى هو اسم الجنس ربع كتمرة وتمر اه (قوله بخلاف مانفى بلا) أى فيكون فى الممكن وغيره (قوله أو إجمال) أى لم تتضح دلالته وذلك حيث لم تنصب قرينة على المراد ، فالمعنى هو مجاز إن وجدت قرينة وإجمال إن لم توجد قرينة تعين المراد مع كونها صارفة عن إرادة الحقيقى بخصوصه وأما إذا لم تنصب قرينة أصلا فيجب حمل اللفظ على معناه الحقيقى وهو ظاهر فى المنفى بلم لأنه خاص بالممكن فلا يكون فى الكلام تجوّز ولا إجمال . وأما المنفى بلا فحيث لا قرينة هو مجمل (قوله والعفو عنها) ظاهره وإن اشتدت إليها حاجة الشريك القديم ، وينبغى خلافه ويحتمل بقاؤه على ظاهره ويكون ذلك من باب الإيثار ، وهو أولى حيث لم تدع إليه ضرورة كالاحتياج للماء للطهارة بعد دخول الوقت ، ومحله أيضا مالم يترتب على الترك معصية ، فإن ترتب عليه ذلك كأن يكون المشترى مشهورا بالفجور فينبغى أن يكون الأخذ مستحبا بل واجبا إن تعين طريقا لدفع مايريده المشترى من الفجور ثم (قوله أو مغبونا) عطف سبب على مسبب : أى فيكون الأخذ أفضل (قوله والصيغة إنما تجب) أى فلا حاجة إلى عدّها ركنا بل لايصح (قوله فيتأبد فيه ضرر المشاركة) قد يقال : الذى اعتبره فيما سبق ضرر مؤنة القسمة وهو لايتكرر اه سم على حج . أقول : ويمكن الجواب بأنه لم يقتصر ثم على ضرر القسمة بل ذكر التعليلين معا ، فقوله هنا للخبر ناظر للتعليل الأوّل ، وقوله ولأنه لايدوم ناظر للتعليل الثانى (قوله فيؤخذ نقضها) وإن نقل ، وفى حج خلافه وفيه وقفة ، وقضية إطلاق الشارح ماذكرته ، ويؤيده ما يأتى للشارح من أخذ الثمرة وإن قطعت

قلنا بالأول لم تثبت الشفعة فيما لو قسم بطلت منفعته المقصودة كحمام ورحى صغيرين وهو الأصح الآتى وإن قلنا بالثانى ثبتت ، فاندفع قول الشهاب بن قاسم ما المانع من القول بهما .

رطب. وأصل يجز مرة بعد أخرى كقت وهندبا (تبعا) للأرض للخبر المار ؛ وخرج به بيع بناء وشجر فى أرض محتكرة إذ هو كالمنقول ، وشرط التبعية أن يباعا مع ماحولهما من الأرض ، فلو باع شقصا من جدار وأسه لاغير أو من أشجار ومغارسها لاغير فلا شفعة لأن الأرض تابعة هنا . قال السبكى : وينبغى أن تكون صورة المسئلة حيث صرح بدخول الأساس والمغرس فى البيع وكانا مرئيين قبل ذلك فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما لم يصح البيع فى الأصح . وفرق بينه وبين مامر فى بعتك الجدار وأساسه بأنه ثم يدخل مع السكوت عنه ، بخلافه هنا فإنه عين منفصلة لاتدخل فى البيع عند الإطلاق فاشترطت رؤيتها ، وبحث أيضا أنه لو كان الجدار عريضا بحيث كانت أرضه هى المقصودة ثبتت الشفعة لأن الأرض هى المتبوعة حينئذ وهو مرادهم بلا شك ، واحترز بقوله تبعا عما لو باع أرضا وفيها شجرة جافة شرطا دخولها فى البيع فلا تؤخذ بالشفعة لأنها لم تدخل فى البيع عند الإطلاق بل بالشرط (وكذا ثمر لم يؤبر) عند البيع (فى الأصح) وإن تأبر عند الأخذ

(قوله وأصل يجز) أى مايثبت منه (قوله وهندبا) بكسر الدال ويقصر اهـ مختار (قوله تبعا للأرض) أى تثبت فى بناء وشجر دخل فى البيع تبعا ، وليس المراد أنها تثبت فى الشجر تبعا لثبوتها فى الأرض . والمراد بالتبعية أنها تدخل عند الإطلاق تبعا وإن نص عليها (قوله فى أرض محتكرة) وصورتها على ماجرت به العادة الآن أن يؤذن فى البناء فى أرض موقوفة أو مملوكة بأجرة مقدرة فى كل سنة فى مقابلة الأرض من غير تقدير مدة فهى كالخراج المضروب على الأرض كل سنة بكذا واغتفر ذلك للضرورة (قوله لأن الأرض تابعة هنا) أى من حيث القصد للمشترى ، لاأن المراد أنه باع الجدار ودخلت الأرض تبعا لما يأتى عن السبكى (قوله حيث صرح بدخول الأساس) أى ماغاب منه فى الأرض على مايتبادر من عبارته ، لكن المفهوم مما يأتى فى الشارح عن السبكى أن المراد حفيرته (قوله لم يصح البيع فى الأصح) عبارة السبكى فى شرح المنهاج بعد هذا : فإن قلت : كلامهم فى البيع يقتضى أنه إذا قال بعتك الجدار وأساسه صح وإن لم ير الأساس . قلت : المراد بذلك الأساس الذى هو بعضه كحشو الجبة . أما الأساس الذى هو مكان البناء فهو عين منفصلة لاتدخل فى البيع عند الإطلاق فى الأصح ، فإذا صرح به اشترط فيه شروط البيع والحمل متردد بين المرتبتين يشبه الجزء ويشبه المنفصل ، فلذلك جرى الخلاف فى صحة البيع إذا قال بعتك الجارية وحملها اهـ . وتبعه فى القوت على ذلك وبه تعلم ما فى اختصار الشارح له من الإجمال والإيهام اهـ سم على حج ، ويؤخذ من كلام الشارح فى الفرق الآتى ماهو المقصود من أنه إذا باع الجدار وأسه وأراد به الأرض لم يصح البيع ، أو ما هو مستور بالأرض صح لأنه الذى يدخل فى اسم الجدار عند الإطلاق (قوله لأنها لم تدخل) قضيته ثبوتها فى الشجر الرطب وإن نص على دخوله لأنه لو سكت عنه دخل عند الإطلاق (قوله بل بالشرط) وحيث شرط دخولها وأراد الشفيع الأخذ قومت الأرض مع الشجر ثم بدونها وقسم الثمن على مايخص كلا منهما كما لو باع شقصا مشفوعا وسيفا (قوله لم يؤبر عند البيع) أى وإن شرط دخوله لأنه تصريح بمقتضى العقد فلا يخرجه عن التبعية ، هذا ما اقتضاه إطلاق الشارح وهو ظاهر ، لكن قضية قول حج الآتى أو ماشرط دخوله خلافه فليراجع ، ثم رأيت فى سم على حج مثل ما استظهرته ، وعبارته قوله ولم يشترط دخوله فيه أن هذا القيد يقتضى أن غير المؤبر إذا شرط دخوله لايؤخذ ، وكذا يقتضى ذلك قوله الآتى أما مؤبر عند

(قوله فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما لم يصح البيع فى الأصح) أى وإن لم يصرح بدخولهما لم يدخلا كما صرح به الأذرعى (قوله بخلافه هنا فإنه عين منفصلة) يعلم منه أن المراد بالأساس هناك بعض الجدار ، بخلاف ماهنا فإن

سواء أكان عند البيع أم حدث بعده خلافا لابن الرفعة لتبعية الأصل فى البيع فكذا فى الأخذ هنا ولا نظر لطروّ تأبره لتقدم حقه وزيادته كزيادة الشجر، بل قال الماوردى: يأخذه وإن قطع. والثانى لا لأنه لا يراد به التأبيد. أما مؤبر عند البيع شرط دخوله فلا يؤخذ، وإنما تؤخذ بحصتها من الثمن لانتفاء التبعية كما مر نظيره (ولا شفعة فى حجرة) مشتركة باع أحدهما نصيبه منها وقد (بنيت على سقف غير مشترك) بأن اختص به أحد الشريكين فيها أو غيرهما إذ لا قرار لها فهى كالمنقول (وكذا مشترك فى الأصح) لأن السقف الذى هو أرضها لا ثبات له فما عليه كذلك. والثانى يجعله كالأرض؛ ولو اشتركا فى سفل واختص أحدهما بعلوه فباع صاحب العلو علوه مع نصيبه من السفل أخذ الشريك هذا فقط لأن العلو لا شركة فيه، وكذا لو كانت الأرض مشتركة وفيها أشجار لأحدهما فباعه مع نصيبه منها فالشفعة له فى الأرض بحصتها من الثمن لا فى الشجر (وكل ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة) منه بأن لا ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذى كان يقصد منه قبلها ((كحمام ورحى) صغيرين لا يمكن تعددهما (لا شفعة فيه فى الأصح) بخلاف ما لو كانا كبيرين لأن علة ثبوتها فى المنقسم كما مر دفع ضرر مؤنة القسمة والحاجة إلى إفراد الحصة الصائرة إلى الشريك بالمرافق، وهذا الضرر حاصل قبل البيع ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منه

البيع أو ماشرط دخوله فيه الخ، ولا يخفى إشكال ذلك فليراجع، فإن عبارة الروض وأصله لاتفيد ذلك بل تشعر بخلافه والظاهر أنه ممنوع، وعبارة الروض: ولا يأخذ الداخلة بالشرط فتخرج الثمرة المؤبرة المشروطة اهـ. فاقتصاره على الثمرة المؤبرة مشعر بأن غيرها يؤخذ وإن شرط دخوله (قوله سواء أكان عند البيع الخ) قضيته أن الثمرة الحادثة بعد العقد تتبع فى الأخذ بالشفعة وإن كانت مؤبرة وقت الأخذ، ولكن فى حاشية سم على منهج مايفيد أنها لاتتبع فيما ذكر، وعبارة شيخنا الزيادى: ولو حدث الثمر بعد البيع ولم يؤبر عند الأخذ أخذ بالشفعة تبعا وإلا فلا اهـ. وعليه فيقيد قول الشارح بما لم يؤبر وقت الأخذ (قوله فى فكذا فى الأخذ هنا) أى ثم إن وجده باقيا أخذه أو تالفا أخذ مثله (قوله قال الماوردى) هذا هو المعتمد (قوله شرط دخوله) عبارة حج: أو ماشرط الخ (قوله وإنما تؤخذ) أى الأرض والثمرة (قوله فباعه) أى ماذكر من الأشجار (قوله لا فى الشجر) أى فلا شفعة فيه لعدم الشركة. وينبغى أن يجب على مالك الشجر نصف الأجرة للشفيع وهو مايخص النصف الذى كان للشريك القديم قبل دون مايقابل النصف الذى انتقل إليه بالشفعة لأن صاحبه كان يستحق الإبقاء فيه مجانا فتنتقل الأرض للشفيع مسلوبة المنفعة، كما لو باع أرضا واستثنى لنفسه الشجر فإنه يبقى بلا أجرة، وليس للشفيع تكليف المشترى قطع الشجر لا تملكه بالقيمة ولا القلع مع غرامة أرش النقص لأنه مستحق الإبقاء، وعليه فلو اقتسما الأرض وخرج النصف الذى فيه الشجر لغير مالك الشجر فهل يكلف الآن أجرة الجميع أو النصف أو لا يكلف شيئا لاستحقاقه بقاء الكل قبل القسمة؟ فيه نظر، فيحتمل الأخير للعلة المذكورة، ويحتمل وهو الأقرب الأول لأنه لا حق لمالك الشجر الآن فى الأرض (قوله لا يمكن تعددهما) ظاهره أن ذلك جار وإن أعرضا عن بقائهما على ذلك وقصدا جعلهما دارين، وهو ظاهر ماداما على صورة الحمام والطاحون، فلو غيرا صورتهما عن ذلك فينبغى اعتبار ماغيرا إليه (قوله لأن علة ثبوتها) لكن هذا لا يأتى فيما لو سأله فى الشراء قبل البيع فلم يجبه مع أن الشفعة ثبتت فيه (قوله أن يخلص صاحبه) هذا قد يشعر بأنه لو عرض الأمر على شريكه قبل

المراد به الأرض الحاملة للجدار وصرح به الأذرعى هنا (قوله وإنما تؤخذ) يعنى الأرض مثلا

بالبيع له ، فلما باع لغيره سلطه الشرع على أخذه منه فعلم ثبوتها فى كل مايجبر الشريك على قسمته كمالك عشر دار صغيرة باع شريكه باقيها ، بخلاف عكسه لإجبار الأول على القسمة دون الثانى كما يعلم مما يأتى ، وعدل عن تعبير أصله بطاحونة إلى رحى لأنه أخصر ، ودعوى أن الطاحونة تطلق فى العرف على المكان والرحى على الحجر وأنه غير مراد هنا لأنه منقول وإنما يؤخذ تبعا للمكان فالمراد المحل المعد للطحن ، وحينئذ فتعبير المحرر أولى غير سديدة لأن هذا عرف طار والذى تقرر ترادفهما فى اللغة فلا إيراد (ولا شفعة إلا لشريك) فى العقار المأخوذ ولو ذميا ومكاتبا مع سيده وغير آدمى كمسجد له شقص لم يوقف فباع شريكه حصته يشفع له ناظره فلا شفعة لغير شريك ، كأن مات عن دار شريكه فيها وارثه فبيعت حصته فى دينه فلا يشفع الوارث لأن الدين لايمنع الإرث ، وكالجار للخبر المار عن البخارى لصراحته وعدم قبوله التأويل ، بخلاف أحاديث إثباتها للجار فإنه يمكن حمله على الشريك فتعين جمعا بين الأخبار ، ولو قضى حنفى بها للجار لم ينقض ، وحل الأخذ باطنا وإن كان الآخذ شافعيا ، ولا شفعة لصاحب شقص من أرض مشتركة موقوف عليه إذا باع شريكه الآخر نصيبه لأن الوقف لايستحق بالشفعة فلا تستحق به الشفعة ولا لشريكه إذا باع شريك آخر نصيبه كما أفتى به البلقينى لامتناع قسمة الوقف عن الملك إذا كانت القسمة بيعا ولانتفاء ملك الأول عن الرقبة . نعم على ما اختاره الرويانى والمصنف من

البيع فامتنع من الشراء وباع لغيره لايثبت لغيره الأخذ بالشفعة بعد ذلك ، وليس مرادا وإنما ذلك أصل حكمة المشروعية (قوله كمالك عشر دار صغيرة الخ) يؤخذ منه أنه لو وقف أحدهما حصته من الدار المذكورة مسجدا صح ، ويجبر صاحب الملك على قسمته فورا وإن بطلت منفعته المقصودة كما يجبر صاحب العشر إذا طلب صاحب التسعة أعشار القسمة (قوله بخلاف عكسه) انظر لو كان بيع العشر هنا لمن له ملك ملاصق له إذ تجب القسمة بطلبه كما يأتى اهـ سم على حج . أقول : والقياس ثبوت القسمة أخذا من التعليل (قوله غير سديدة) بل هى سديدة فتأملها اهـ سم على حج (قوله لأن هذا عرف) قد يقال : هذا لايمنع أولوية تعبير المحرر لأنه لا إيهام فيه لغة ولا عرفا ، وما لا إيهام فيه مطلقا أولى مما فيه إيهام فى الجملة فتأمل اهـ سم على حج (قوله له شقص لم يوقف) أى بأن وهب له (قوله فيها وارثه) أى بشرط كونه حائزا كابنه مثلا ، بخلاف غيره فيأخذ شريك الميت بالشفعة مازاد على قدر حصته من الإرث (قوله لأن الدين لايمنع الإرث الخ) أى فكأن الوارث باع ملك نفسه (قوله فإنه يمكن حمله) أى الجار الوقع فيها (قوله فتعين) أى الحمل (قوله وحل الأخذ) أى للجار (قوله ويمتنع حينئذ على الحنفى[1]) قضيته أن منع الشافعى حكم بمنعها اهـ سم على حج . وهو ظاهر لأن قوله منعتك من الأخذ فى قوة حكمت بعدم الشفعة (قوله لأن الوقف لايستحق) أى يؤخذ (قوله فلا تستحق به) أى بسببه (قوله ولا لشريكه) أى الوقف بأن كانت أثلاثا لزيد ولعمرو وللمسجد (قوله لامتناع قسمة الوقف) أى وإن زادت أجرته بذلك (قوله إذا كانت القسمة بيعا) بأن كانت قسمة رد وتعديل ، وينبغى أن محل امتناع قسمة الرد إذا كان الدافع للدراهم صاحب الملك لأنه شراء لبعض الوقف بما دفعه من الدراهم ، أما لو كان الدافع ناظر الوقف من ريعه لم يمتنع لأنه ليس فيه بيع الوقف بل فيه شراء له (قوله نعم على ما اختاره الخ) لا موقع لهذا الاستدراك فإنه مفهوم

(قوله فى العقار المأخوذ) أى فى رقبته

---

(١) قول المحشى (قوله ويمتنع الخ) ليس فى نسخ النهاية التى بأيدينا (ويمتنع الخ) .

جواز قسمته عنه إذا كانت إفرازا لامانع من أخذ الثانى وهو المعتمد ، ولا لموصى له بالمنفعة ولو مؤبدا ، وأراضى الشام غير موقوفة كما قطع به الجرجانى ، قال جمع : بخلاف أراضى مصر لكونها فتحت عنوة ووقفت ، وأخذ السبكى من وصية الشافعى أنه كان له بها أرض ترجيح أنها ملك ، وهو يؤيد القائل بأنها فتحت صلحا كما سيأتى بسطه فى السير ، وقد لايشفع الشريك لكن لعارض كولى ّ غير أصل شريك لموليه باع شقص محجوره فلا تثبت له لاتهامه بمحاباته فى الثمن ، وفارق مالو وكل شريكه فباع فإنه يشفع بأن الموكل متأهل للاعتراض عليه عند تقصيره ، ولو باع دارا وله شريك فى ممرها فقط كدرب غير نافذ (فلا شفعة اه فيها) لانتفاء الشركة فيها . فأشبه مالو باع عقارا غير مشترك وشقصا مشتركا (والصحيح ثبوتها فى الممر) بما يخصه من الثمن (إن كان للمشترى طريق آخر إلى الدار أو أمكن) من غير مؤنة لها وقع (فتح باب إلى شارع) ونحوه أو إلى ملكه لإمكان الوصول إليها من غير ضرر (وإلا) أى وإن لم يمكن شىء من ذلك (فلا) تثبت فيه لما فيه من إضرار المشترى والشفعة تثبت لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر . والثانى تثبت فيه والمشترى هو المضر ّ بنفسه بشرائه هذه الدار . والثالث المنع مطلقا إذا كان فى اتخاذ الممر عسر أو مؤنة لها وقع لأن فيه ضررا ظاهرا ، ومحل الخلاف إذا لم يتسع الممر ، فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك للمشترى منه شىء يمر فيه ثبتت الشفعة فى الباقى قطعا ، ومجرى النهر كالممر فيما ذكر ، ولو اشترى ذو دار لاممر لها نصيبا فى ممر ثبتت مطلقا كما هو ظاهر كلام أصل الروضة لأن الممر ليس من حقوق الدار هنا قبل البيع بخلافه ثم (وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة) محضة أو غيرها بالنص فى البيع وبالقياس فى غيره بجامع الاشتراك فى المعاوضة مع لحوق الضرر فخرج ماملك بغيرها كإرث ووصية وهبة بلا ثواب (ملكا لازما

قول البلقينى إذا كانت القسمة بيعا (قوله إذا كانت إفرازا) أى بأن كانت الأرض وما فيها مستوية الأجزاء (قوله وهو المعتمد) وينبغى حينئذ أن يأخذ الجميع لأن جهة الوقف لعدم استحقاقها الأخذ بمنزلة العدم اه سم على حج (قوله كولى غير أصل) أفهم أن الأصل له ذلك ويوجه بأنه غير متهم ، وقضية التعبير بغير أصل أن الأم لو كانت وصية أخذت بالشفعة (قوله بمحاباته) أى المشترى (قوله ثبتت الشفعة فى الباقى قطعا) يتأمل هذا مع قول المحلى وحيث قيل بالثبوت فيعتبر كون الممر قابلا للقسمة على الأصح ، فإنه صريح فى أن من يقول بثبوت الشفعة بشرط كونه قابلا للقسمة ، وهو الموافق لما مر من أن مايبطل نفعه المقصود بالقسمة لاشفعة فيه ، إلا أن يقال : المراد بالإطلاق أنه لافرق بين أن يمكن اتخاذ ممر للدار ولا مع كون الممر صالحا للقسمة ، أو يقال : وهو الأولى إن مراد المحلى أنه يمكن قسمة الممر اثنين ، ومراد الشارح بقوله حيث اتسع الخ أنه يمكن قسمة الحصة المبيعة من الممر بحيث يترك بعضها للمشترى منه وبعضها يأخذه الشفيع ، فالمأخوذ هنا بعض المبيع وفى كلام المحلى جميعه (قوله كالممر فيما ذكر) الروض ولصحن بيوت الخان ومجرى النهر : أى وبئر المزرعة حكم الممر اه . قال فى شرحه : أى الشركة فى صحن الخان دون بيوته وفى مجرى الماء دون الأرض وفى بئر المزرعة كالشركة فى الممر فيما مر اه سم على ابن حجر (قوله نصيبا فى ممر) أى تمكن قسمته كما هو ظاهر (قوله ثبتت) أى

(قوله كما سيأتى بسطه فى السير) الذى يأتى له فى السير إنما هو الجزم بأنها فتحت عنوة وهو الذى أفتى به والده وزاد أنها لم توقف (قوله والثالث المنع مطلقا) هذا الإطلاق مقابل لتفصيل الصحيح فقط فهو إطلاق نسبى ّ بقرينة مابعده

متأخرا) سببه (عن) سبب (ملك الشفيع) وسيذكر محترزات ذلك ، فالمحضة (كمبيع و) غيرها نحو (مهر وعوض خلع و) عوض (صلح دم) فى قتل عمد (و) عوض صلح عن (نجوم) بناء على صحة الاعتياض عنها وهو مانص عليه وصححه جمع ، لكن الذى جزما به فى بابها المنع لأنها غير مستقرة وهو المعتمد ، ويصح عطف نجوم على بيع د والقول بتعين التقدير الأول فيه لأن عقد الكتابة بالشقص غير ممكن لعدم تصور ثبوته فى الذمة ، والمعين لايملكه العبد ممنوع بل بتسليمه يمكن عطفه على خلع : أى وعوض نجوم بأن يملك شقصا ويعوضه السيد عن النجوم (وأجرة ورأس مال سلم) لحصولهما بالمعاوضة (ولو شرط) أو ثبت من غير شرط كخيار المجلس (فى البيع الخيار لهما أو للبائع لم يؤخذ بالشفعة حتى ينقطع الخيار) لأن المشترى لم يملك فيهما إذ هو فى الأولى موقوف وفى الثانية ملك البائع ، وهذا محترز ملك كما احترز به أيضا عما جرى سبب ملكه كالجعل قبل الفراغ من العمل ، وعلى القول المرجوح بملك المشترى هو محترز لازما (وإن شرط للمشترى وحده فالأظهر أنه يؤخذ) بها (إن قلنا الملك للمشترى) وهو الأصح إذ لاحق فيه لغيره ، ولا يرد هذا على لازما لأنه لكونه يئول إلى اللزوم مع إفادته الملك للمشترى كاللازم أولا لأنه لازم من جهة البائع ، فاندفع القول بأن اللزوم قيد مضر ولا يقال فيما لوكان لهما أوللبائع أنه آيل إلى اللزوم لخروج ذلك بقوله ملك إذ لاملك للمشترى فيهما . وقال الزركشى : ينبغى أن ينتقل الخيار الثابت للمشترى إلى الشفيع ويأخذ الملك بصفته لأنه قائم مقامه كما فى الوارث مع المورث ولم يذكروه ، والأوجه خلافه . وقياس الشفيع على الوارث ممنوع (وإلا) أى وإن قلنا الملك للبائع أو موقوف (فلا) يؤخذ لبقاء ملك البائع أو انتظار عوده (ولو وجد المشترى بالشقص عيبا وأراد رده بالعيب وأراد الشفيع

فى الممر ، وقوله مطلقا : أى أمكن اتخاذ ممر للدار أم لا (قوله وغيرها) يدخل فيه القرض بأن أقرض شقصا بشرطه فتثبت فيه الشفعة ، وممن صرح بذلك الدميرى وسنذكره عن الروض اهـ سم : أى ويأخذه الشريك بقيمته وقت البيع (قوله نحو مهر) هومثال لما ملك بالمعاوضة الغير المحضة ، فالمبيع على ماذكره مثال لما ملك بالمحضة وما بعده أمثلة لما ملك بغيرها (قوله ويصح عطف نجوم) أى ولا يكون تفريعا على الضعيف ، وصورته حينئذ أن يكاتبه السيد على نصف عقار ودينار مثلا وينجم كلا بوقت ، ثم يدفع المكاتب الشقص الموصوف بعد ملكه له لسيده فيثبت لشريكه المكاتب الأخذ بالشفعة من السيد (قوله ممنوع) أى لأن الممتنع إنما هو ثبوت العقار الكامل فى الذمة لاشقصه ، وبه يندفع ما اعترض به سم على حج على المنع المشار إليه بقوله وبتسليمه (قوله بل بتسليمه) أى تسليم امتناع ثبوته فى الذمة وأنه مبنى على صحة الاعتياض على النجوم ، فليس المراد أنه بتقدير عطفه على الخلع يكون تفريعا على المعتمد من امتناع الاعتياض (قوله الخيار لهما) أو لأجنبى عنهما اهـ حج ، وقوله لم يؤخذ قضيته أنه لوأخذ قبل انقطاع الخيار لغا وإن تم العقد ، ولكن فى ع مانصه : بحث الأسنوى أن الأخذ فى هذه الحالة لوصدر يوقف أيضا وقف تبين اهـ . وعليه فمعنى قول المصنف لم يؤخذ الخ : أخذا مستقرا (قوله للمشترى وحده) أو لأجنبى عنه اهـ حج (قوله ويأخذ الملك) أى لأن الوارث خليفة مورثه ولا كذلك الشفيع (قوله والأوجه خلافه) أى فلا خيار للشفيع إذا أخذ فى زمن خيار المشترى (قوله ممنوع) أى لأن الوارث خليفة مورثه ولاكذلك الشفيع (قوله ولو وجد المشترى) وكذا لو وجد البائع بالثمن عيبا ، ولهذا عبر فى الروض بقوله للشفيع

(قوله ممنوع) انظرماوجه المنع (قوله بل بتسليمه يمكن عطفه على خلع) اى ويلزمه مامر من أنه يصح الاعتياض عن النجوم ، ومراده بهذا دفع تعيين عطفه على ذم (قوله ورأس مال سلم) انظر هل ينتقل المسلم فيه إلى ذمة الشفيع بصفته (قوله لم يؤخذ بالشفعة) أى لم يأخذها المشترى (قوله وعلى القول المرجوح بملك المشترى الخ) فيه نظر

أخذه ويرضى بالعيب فالأظهر إجابة الشفيع) لأن حقه سابق على حق المشترى لثبوته بالبيع . وأما حق المشترى فبالاطلاع . والثانى إجابة المشترى لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقرّ العقد ، ولأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه ه وعلى الأول لو رده المشترى قبل طلب الشفيع فله فسخ الردّ . وقيل يتبين بطلانه ، وعليه فالزوائد من الردّ إلى ردّه للمشترى وكالردّ بالعيب ردّه بالإقالة (ولو اشترى اثنان) معا (دارا أو بعضها فلا شفعة لأحدهما على الآخر) لاستوائهما فى وقت حصول الملك وهذا محترز متأخرا الخ . وحاصله كما أشرت إليه أنه لابد من تأخر سبب ملك المأخوذ عنه عن سبب ملك الآخذ ، فلو باع أحد شريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه فى زمن الخيار بيع بتّ فالشفعة للمشترى الأوّل إن لم يشفع بائعه لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثانى ولا شفعة للثانى ، وإن تأخر عن ملكه ملك الأول لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول . وكذا لو باعا مرتبا بشرط الخيار لهما دون المشترى سواء أجازا معا أم أحدهما قبل الآخر (ولو كان للمشترى شرك) بكسر الشين (فى الأرض) كأن كانت بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم حصته لأحد شريكيه (فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع بل حصته) وهى السدس ، كما لوكان المشترى أجنبيا لاستوائهما فى الشركة . والثانى يأخذ الجميع وهو الثلث ولا حقّ فيه للمشترى لأن الشفعة تستحق على المشترى فلا يستحقها عن نفسه . وأجاب الأوّل بأنا لا نقول

المنع من الفسخ بعيب أحد العوضين إذا رضى بأخذه والعباب بقوله للشفيع منع البائع الفسخ بعيب الثمن والمشترى بعيب الشقص إذا رضى به اه . فى الأوّل يرجع البائع على المشترى بالأرش اه سم على حج . وفى ع مانصه : قول المصنف فى المبيع قال الأسنوى هو بالميم قبل الباء وهو أحسن من التعبير بالبيع لأنه يشمل شرط الخيار فى الثمن المعين وذلك مانع من الأخذ مطلقا (قوله وأما حق المشترى فبالاطلاع) أى على العيب . وبهذا يجاب عن قول سم على منهج : وقد يقال وحق الرد ثابت أيضا بالبيع فليتأمل اه . ووجه ماقاله أن العيب موجود فى المبيع قبل العقد ، ووجوده يثبت خيار المشترى فى نفس الأمر من حين العقد وجوابه ما أشار إليه الشارح بأن المدار على مايتمكن فيه من الرد وهو إنما يتمكن بظهور العيب (قوله فله) أى للشفيع الفسخ . قال فى الروض : لأن الفسخ يتلف الثمن المعين قبل قبضه : أى فلا يأخذ الشفيع بالشفعة اه . قال فى شرحه : والتصريح بالترجيح من زيادته ، والأوجه أنه يأخذها لما مر فى الفسخ والانفساخ كالفسخ فى كون كل منهما يرفع العقد من حينه لا من أصله اه أى فعلى هذا الأوجه يرجع البائع على المشترى ببدل الثمن اه سم على حج . وهو ظاهر فى أن الشفيع يدفع الثمن للمشترى وإن كان شراؤه انفسخ بتلف الثمن المعين فى يده والمشترى يدفع بدل ماتلف فى يده للبائع (قوله وقيل يتبين بطلانه) أى الرد ، وقوله وعليه : أى على القيل (قوله فالزوائد من الرد إلى رده للمشترى) أى وعلى الأوّل فالزوائد للبائع (قوله كما أشرت إليه) أى بقوله متأخرا سببه (قوله بشرط الخيار) أى للبائع (قوله إن لم يشفع بائعه)

يعلم من المتن عقبه (قوله سابق على حق المشترى) أى على حقه فى الرد (قوله وقيل يتبين بطلانه عليه الخ) فى بعض النسخ كالتحفة مانصه : فله رد الرد ويشفع ، ولا يتبين بطلانه كما صححه السبكى ، فالزوائد إلى آخر مايأتى ، فقوله فالزوائد مفرّع على المنفى والنفى منصبّ عليه (قوله بشرط الخيار له) أما إذا كانت بشرط الخيار للمشترى فلا توقف فى ثبوت الشفعة للمشترى لثبوت الملك له (قوله فالشفعة للمشترى الأوّل) أى حقها ثابت له لكنه إنما يؤخذ بعد لزوم البيع كما علم مما مر فى المتن (قوله بشرط الخيار لهما دون المشترى) أما إذا كان للمشترى ففيه مامرّ (قوله بشرط الخيار لهما) أى البائعين كما يعلم من السياق ، وأولى منه إذا شرط للمتبايعين

إن المشترى استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ حصته ، فلو ترك المشترى حقه لم يلزم الشفيع أخذه (ولا يشترط فى) استحقاق (التملك بالشفعة حكم حاكم) لثبوته بالنص (ولا إحضار الثمن) كالبيع بجامع أنه تملك بعوض ولا ذكره (ولا حضور المشترى) ولا رضاه كما فى الرد بالعيب ، وما قررناه فى كلامه يندفع به ما أورد أن ماهنا ينافى مابعده أنه لابدّ من أحد هذه الأمور أو مايلزم منه أحدها . ووجه الاندفاع أن ماهنا فى ثبوت التملك بالشفعة واستحقاقه ، وما يأتى إنما هو فى حصول الملك بعد ذلك الاستحقاق وتقرره فلا اتحاد ولا منافاة ، وهو أوضح من الجواب بأن المراد هنا أن كل واحد بخصوصه على انفراده لايشترط ، وثم أنه لابد من وجود واحد مما يأتى ، وعلى عدم تقدير الاستحقاق لامنافاة أيضا لأن التملك وهو ماهنا غير حصول الملك وهو ما يأتى ، إذ لايلزم من التملك حصول الملك عقبه كالبيع بشرط الخيار ، وقد أجاب الفتى بنحو ذلك غير أنه فسر التملك بأخذ الشفعة فورا : أى بطلبها فورا ثم السعى فى واحد من الثلاثة ، فهذا هو التملك لامجرد طلبها فورا خلاف مايقتضيه كلامه ، ويؤيد ذلك قول بعض تلامذته : وأما الجواب عن قول الشيخين ولا يكفى أن يقول لى حق الشفعة وأنا مطالب بها وقولهما فى الطلب أنا مطالب بها ، فهو بناء على الفرق بين الطلب والتملك فكلامهما أولا فى حقيقة التملك . وثانيا فى مجرد طلب الشفعة هذا . والأوجه كما دل عليه كلام الرافعى وصرح به البلقينى فى اللعان أنه لابد من الفور فى التملك عقب الأخذ : أى فى سببه . نعم فى الروضة كأصلها وإذا لم يكن الثمن حاضرا وقت التملك أمهل

أى وهو الشريك القديم (قوله لم يلزم الشفيع أخذه) وقيل يأخذ الكل أو يدع الكل اهـ حج (قوله بنحو ذلك) أى قوله وعلى عدم تقدير الخ (قوله فهذا هو التملك) من كلام مر (قوله خلاف مايقتضيه كلامه) أى من أنهى الطلب ، وقوله ويؤيد ذلك : أى أن هذا هو المراد (قوله وقولهما فى الطلب) أى حيث قالوا إنه يكفى (قوله هذا والأوجه الخ) يفيد قولهم بعد ذلك إن الفور على الطلب لا على التملك أن صورة المسئلة الآتية أنه لم يملكه إلا بدفع الثمن فيما إذا بان مستحقا لغيره ، ولوعالما فلا بد من أخذه فى أسباب إبداله عقب ظهوره مستحقا وإلا بطل اهـ مؤلف . هكذا رأيته بهامش نسخة قديمة . وقوله فلابد من أخذه فى أسباب الخ فيه وقفة ، لأنه يقتضى أنه لو أخذ بالشفعة ولم يشرع عقبها فى سبب التملك بطل حقه من الشفعة ، وإن اتفق له حصول الثمن أو كان حاصلا عنده

(قوله بل دفع الشريك عن أخذ حصته) وظاهره أنها دخلت فى ملك المشترى بهذا البيع الواقع فلا تخرج عن ملكه إلا بموجب ، وحينئذ فلك أن تتوقف فى ظاهر مفهوم قوله عقبه ، فلو ترك المشترى حقه لأنه ظاهر فى أنه لمجرد تركه حقه يجوز للشفيع أخذ الجميع فليراجع (قوله فى واحد من الثلاثة) أى الآتية (قوله فهو بناء على الفرق الخ) هو جواب أما وكان المناسب أن يقول : وأما قول الشيخين الخ فهو بناء الخ لأن المبنى هو قول الشيخين لا الجواب ، وتقدير الكلام على ماهنا : وأما الجواب عن قول الشيخين الخ فهو أن كلا منهما مبنى الخ (قوله فى سببه) تفسير لقوله فى التملك ، وهو استدراك على ما أفاده لفظ ثم فى كلام الفتى ، فالمراد بالسبب هنا هو أحد تلك الثلاثة (قوله نعم فى الروضة الخ) هذا ليس استدراكا فى الحقيقة لأن محل الإمهال فيه بعد التملك كما هو صريح عبارة الروضة ، ويدل عليه أن الشارح ذكره فيما يأتى قريبا بلفظ : وإذا ملك الشقص بغير تسليم لم يسلمه حتى يؤديه ، فإن لم يؤده أمهل ثلاثة أيام الخ ، فعلم أنه لايمهل للتملك مطلقا . واعلم أن المراد بالتملك فى كلام الروضة غير التملك فى كلام البلقينى ، فالمراد بالتملك فى كلام الروضة التملك الحقيقى

ثلاثة أيام ، فإن انقضت ولم يحضره فسخ الحاكم تملكه ، هكذا حكاه ابن سريج وساعده المعظم انتهى . ويوجه بأن غيبة الثمن عذر فأمهل لأجله مدة قريبة يتسامح بها غالبا فاندفع دعوى بنائه على مرجوح ، وللشفيع إجبار المشترى على قبض الشقص حتى يأخذه منه ، وله أخذه من البائع ويقوم قبضه مقام قبض المشترى (ويشترط) فى حصول الملك بالشفعة (لفظ) أو نحوه ككتابة وإشارة أخرس (من الشفيع كتملكت أو أخذت بالشفعة) ونحوها كاخترت الأخذ بها ، بخلاف أنا مطالب بها وإن سلم الثمن لأن المطالبة رغبة فى التملك وهو لايحصل بالرغبة المجردة (ويشترط مع ذلك) اللفظ أو نحوه كون الثمن معلوما للشفيع كما يعلم مما يأتى فى قوله ولو اشترى بجزاف . نعم لايشترط علمه فى الطلب ورؤية شفيع الشقص كما يذكره الآن (أما تسليم العوض إلى المشترى فإذا تسلمه أو ألزمه القاضى) لامتناعه من أخذ العوض (التسلم) بضم اللام (ملك الشفيع الشقص) لوصوله إلى حقه فى الحالة الأولى وتقصيره فيما بعدها ومن ثم كفى وضعه بين يديه بحيث يتمكن من قبضه سواء الثمن المعين وما فى الذمة ، وقبض الحاكم عن المشترى كاف (وأما رضا المشترى بكون العوض فى ذمته) أى الشفيع ولم يمنع مانع ، فإن وجد كما لو باع دارا فيها ذهب يتحصل منه شىء بفضة أو عكسه فلا بد من التقابض الحقيقى كما علم من كلامه فى الربا (وأما قضاء القاضى له بالشفعة) أى بثبوتها لا بالملك كما قال فى المطلب (إذا حضر مجلسه وأثبت حقه) فيها وطلبه (فيملكه به فى الأصح) لتأكد اختيار التملك بحكم الحاكم ولايقوم الإشهاد على الطلب مقامه واختيار الشفعة مقامه

ودفعه للمشترى بقية يومه والظاهر خلافه (قوله وله) أى للشفيع (قوله ورؤية شفيع) قال فى شرح الروض : وقضية كلامهم أنه لايشترط رؤية المشترى . قال الأسنوى : وسببه أنه قهرى ويتصور ذلك فى الشراء بالوكالة وفى الأخذ من الوارث اهـ سم على حج . أقول : وصورته فى الوارث أن يموت المشترى للشقص فينتقل لوارثه ويأخذ منه الشريك القديم (قوله بحيث يتمكن من قبضه) أى فلو أنكر المشترى وضع الشفيع الثمن بين يديه صدق المشترى لبقاء الثمن فى جهة الشفيع ، ويصدق الشفيع فى الوضع حتى لايسقط حقه من الشفعة لأنها ثبتت بالبيع والمشترى يريد إسقاطها بعدم مبادرة الشفيع (قوله فإن وجد) أى مانع (قوله كما لو باع دارا) أى وأما لو باع مافيها ذهبا أو فضة بجنسه فلا يصح لأنه من قاعدة مد عجوة (قوله واختيار الشفعة مقامه) أى ماذكر

كأن أخذ وقضى له القاضى بقرينة قوله فسخ الحاكم تملكه فتأمل (قوله ويقوم قبضه مقام قبض المشترى) أشار به إلى دفع ماعلل به الشهاب ابن حجر مااختاره من تعيين إجبار المشترى من قوله لأن أخذه من يد البائع يفضى إلى سقوط الشفعة لأن به يفوت حق التسليم المستحق للمشترى فيبطل البيع وتسقط الشفعة اهـ . ووجه الرد أن قبض الشفيع قائم مقام قبض المشترى فلا يرد ما قاله ، وفى بعض نسخ الشارح مثل ما قاله الشهاب ابن حجر ، فالظاهر أن الشارح رجع عنه بعد أن كان تبعه فيه وأشار إلى رده بما ذكر (قوله كما يذكره الآن) قال فى التحفة عقب هذا مالفظه :- وأحد الثلاثة مدخل به على المتن ، ولا بد منه وإلا صار الكلام غير منتظم ، وهو مرفوع عطفا على نائب الفاعل الذى أتى به : أعنى قوله كون الثمن الخ ، وكذا قوله ورؤية الشفيع ، فالتقدير : ويشترط مع ذلك ثلاثة أمور : كون الثمن معلوما للشفيع ، ورؤية الشفيع الشقص ، وأحد الثلاثة المذكورة فى قول المصنف أما تسليم العوض الخ (قوله لا بالملك) يعنى لايجب التعرض فى حكمه بالملك بل حكمه بثبوتها يحصل به مع سبق طلب الملك كذا نقل عن الشارح .

كما أفهمه كلامه . ومحله كما قاله ابن الرفعه عند وجود الحاكم وإلا قام كما فى هرب الجمال ونظائره ، لكن ظاهر كلامهم خلافه ، واستظهره الشيخ فى غرره وجرى عليه ابن المقرى، وبفرض اعتماد ما قاله ابن الرفعة فإنما يظهر إن غلب المشترى أو امتنع من أخذ الثمن . والثانى لايملك بذلك لأنه لم يرض بذمته ، وإذا ملك الشقص بغير تسليم لم يتسلمه حتى يؤديه ، فإن لم يؤده أمهل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يحضره فسخ الحاكم ملكه (ولا يتملك شقصا لم يره الشفيع) تنازعه الفعلان (على المذهب) بناء على بطلان بيع الغائب وليس للمشترى منع الشفيع من الرؤية . والطريق الثانى القطع بالأول لأن الأخذ بالشفعة قهرى لايناسبه إثبات الخيار فيه .

(فصل)

فى بيان بدل الشقص الذى يؤخذ به والاختلاف فى قدر الثمن وكيفية أخذ الشركاء إذا تعددوا أو تعدد الشقص

(إن اشترى بمثلى)كبر ونقد (أخذه الشفيع بمثله) إن تيسر لأنه أقرب إلى حقه ، فإن لم يتيسر حال الأخذ فبقيمته . ولو قدر المثل بغير معياره الشرعى كقنطار حنطة أخذه بوزنه ، ولو تراضيا عن دنانير حصل الأخذ بها

(قوله وإلا قام) أى الإشهاد(قوله لكن ظاهر كلامهم خلافه) أى وهو المعتمد فلا يقوم الإشهاد مقام الحاكم عند فقده . ويعذر فى التأخير إلى حضور الحاكم حيث امتنع المشترى من قبض الثمن ولم يتأت للشفيع وضعه بين يديه .

[فرع] الشفيع يرد بالعيب أى على المشترى ولا يتصرف قبل القبض ولو سلم الثمن ، فإن قبضه بالإذن فالقياس رجع فيه المشترى : أى كما فى البيع روض اه سم على حج (قوله لم يتسلمه) أى الشقص (قوله حتى يؤديه) أى الثمن (قوله ثلاثة أيام) أى غير يوم العقد (قوله تنازعه الفعلان) هما يتملك ويرى .

(فصل) فى بيان بدل الشقص

(قوله ونقد) أى ولو مغشوشا حيث راج (قوله أخذه الشفيع بمثله) ظاهره ولو اختلفت قيمة المثل بأن اشترى دارا بمكة بحب غال فللشفيع أخذها بمصر بقدر ذلك الحب وإن رخص جدا ، ويوجه بأن ذلك القدر هو الذى لزم بالعقد مر . وانظر فى عكس المثال هل يرجع لقيمة بلد العقد كما فى القرض والغصب اه سم على حج ؟ أقول : لاوجه للتردد فى عكس المثال مع تسليم الشق الأول ، بل قد يتوقف فى كل منهما بأن قياس الغصب والقرض والسلم وغيرها أن العبرة بمحل العقد حيث كان لنقله مؤنة فتعتبر قيمته حيث ظفر به فى غير محله . ويؤيده ماسيذكره عن شرح الإرشاد بل هو صريح فيه ، ثم يحتمل أن المراد بعكس المثال فى كلامه أنه اشترى بمثلى بمحل رخيص ثم ظفر به بمحل قيمة المثلى فيه أكثر ، ويحتمل أن المراد أنه اشترى بمتقوم بمحل قيمته كثيرة ثم ظفر بمحل قيمته دون محل الشراء وفى كليهما مامر ، وهذا الثانى هو الظاهر من قوله هل يرجع لقيمة بلد العقد الخ (قوله إن تيسر) أى بأن وجد فيما دون المرحلتين مر اه سم على منهج (قوله فبقيمته) أى المثلى يوم البيع مثلا أخذا مما يأتى فى المتقوم (قوله أخذه) أى الشقص بوزنه أى حنطة (قوله ولو تراضيا) أى المشترى والشفيع .

(فصل) فى بيان بدل الشقص

(قوله أوتعدد الشقص) مجرور عطفا على بيان والشقص مضاف إليه

بدراهم كان شراء مستجدا تبطل به الشفعة كما فى الحاوى . قال الزركشى : وهى غريبة انتهى . والأوجه مجيء مامر فيما لو صالح بمال عن الرد بالعيب هنا (أو بمتقوّم) كعبد وثوب (فبقيمته) لا قيمة الشقص لأن مايبذله الشفيع فى مقابلة مابذله المشترى لا فى مقابلة الشقص . ولو ملك الشفيع نفس الثمن قبل الأخذ تعين أن يأخذ به لاسيما المتقوّم ، لأن العدول عنه إنما كان لتعذره كما بحثه ابن الرفعة واعتمده الأذرعى وغيره ، ولو حط من المشترى بعض الثمن قبل اللزوم انحطّ عن الشفيع أو كله فلا شفعة لانتفاء البيع . ويؤخذ من قوله الآتى : ويؤخذ المهور الخ أن مراده بالقيمة هنا غير ماذكر فى الغصب ، فلا يرد عليه مالو صالح عن دم العمد على شقص فإنه يأخذه بقيمة الدم وهو الدية فيأخذه بقيمتها يوم الجناية خلافا لبعضهم ، وتعتبر قيمة المتقوّم فى غير هذا (يوم البيع) أى وقته لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة ، ولا اعتبار بما يحدث بعدها لحدوثه فى ملك البائع ، ويصدّق المشترى بيمينه فى قدرها حينئذ كما فى البحر لما يأتى أنه أعلم بما باشره (وقيل يوم) أى وقت (استقرار ه بانقطاع الخيار) كما أن المعتبر فى الثمن حالة اللزوم . ولما كان ماسبق شاملا للدين وغيره وكان الدين يشمل الحال

(قوله كان شراء مستجدا) بفتح الجيم من استجده إذا أحدثه ، وبكسرها من استجد لازما بمعنى حدث كما يؤخذ من المصباح (قوله تبطل به الشفعة) ينبغى أن هذا بخلاف ما إذا أخذ بالدنانير ثم عوض عنها بالدراهم فينبغى أن لا تبطل م ر اهـ سم على حج (قوله عن الرد بالعيب هنا) أى من أن محل البطلان إن علم وإلا فلا (قوله فبقيمته) أى كالغصب قال فى شرح الإرشاد : ومنه يؤخذ أن يأتى هنا نظير مامر فيما لو ظفر الشفيع بالمشترى ببلد آخر وأخذ فيه ونحو أنه يأخذ بالمثل ويجبر المشترى على قبضه هناك إن لم يكن لنقله مؤنة والطريق آمن ، وإلا أخذ بالقيمة لحصول الضرر بقبض المثل ، وأن القيمة حيث أخذت تكون للفيصولة . ولابن الرفعة فى ذلك احتمالات غير ماذكرت لم يرجح منها هو ولا غيره شيئا ، وقد علمت أن ماذكرته هو القياس ، وليس ذلك عذرا فى تأخير الأخذ ولا الطلب اهـ سم على حج . وفى حاشيته على المنهج بعد مثل ماذكر : ومال م ر إلى إجبار المشترى وإن كان لنقله مؤنة . أقول : وفيه ماقدمناه من التوقف ، وظاهر إطلاق الشارح يوافق ماما ل إليه (قوله قبل اللزوم) أى لزوم الشراء . وعبارة الروض : مازيد أو حطّ من الثمن فى مدة الخيار فقد يلحق بالثمن ، فإن حط الكل فلا شفعة اهـ . قال فى شرحه : وخرج بقوله فى مدة الخيار ما زيد أو حط بعدها فلا يلحق بالثمن كما مر اهـ . وقوله ويؤخذ من قوله الخ قد يقال لا حاجة لذلك مع اقتصار المصنف على الشراء ، وقوله يوم الجناية الخ عبارة الروض : وإن صالح به عن دم أخذه بقيمة الدية يوم الجناية . قال فى شرحه : كذا فى الأصل أيضا وصوابه يوم الصلح انتهى اهـ سم على حج . وقوله سم على شرح الروض : فلا يلحق بالثمن : أى فيأخذ الشفيع بجميع ماوقع به البيع لا بما دفعه المشترى بعد الإسقاط (قوله لانتفاء البيع) أى لبطلانه بالإبراء من الثمن قبل اللزوم لأنه يصير بيعا بلا ثمن (قوله فيأخذه بقيمتها) أى الدية من غالب إبل البلد فلا يأخذ بنفس الإبل . وبما ذكر من اعتبار الغالب يندفع مايقال صفة الإبل مجهولة فلا يتأتى التقويم بها مع الجهل بصفتها (قوله خلافا لبعضهم) هو شيخ الإسلام فى شرح الروض حيث قال اعتراضا على متنه وصوابه يوم الصلح (قوله فى قدرها) أى إذا تلف الثمن (قوله كما أن المعتبر فى الثمن الخ) انظر ما المراد

(قوله مجيء مامرّ الخ) أى فيكون محل مافى الحاوى إذا علم المنع ، وإلا تعين أن يأخذ به ، انظر مالو تراضيا على غيره هل يأتى فيه مامر عن الحاوى وما عقبه به الشارح (قوله خلافا لبعضهم) يعنى شيخ الإسلام حيث قال عقب قول الروض يوم الجناية : صوابه يوم الصلح (قوله كما أن المعتبر فى الثمن حالة اللزوم) أى لأنه قبلها لحقه الزيادة والنقصان

والمؤجل بين أن المراد الحال بقوله (أو) اشترى (بمؤجل فالأظهر أنه يخير) وإن حل الثمن بموت المشترى أو كان منجما بأوقات مختلفة (بين أن يعجل) الثمن (ويأخذ فى الحال أو يصبر إلى المحل) بكسر الحاء : أى حلول الكل وليس له كلما حل نجم أن يعطيه ويأخذ بقدره لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ، ولو رضى المشترى بدفع الشقص وتأجيل الثمن إلى محله وأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحل بطلت شفعته على الأصح قاله الماوردى (ويأخذ) دفعا للضرر من الجانبين ، ولا يسقط حقه بتأخيره لعذره إذ لو جوّزنا له الأخذ بمؤجل أضررنا بالمشترى لاختلاف الذمم ، وإن ألزمناه الأخذ فى الحال بنظيره من الحال أضررنا بالشفيع لأن الأجل يقابله قسط من الثمن . ولا يلزمه إعلام المشترى بالطلب حيث خيرناه على ما فى الشرحين . وما وقع فى الروضة من اللزوم نسب لسبق القلم ، والثانى يأخذه بالمؤجل تنزيلا له منزلة المشترى ، فإن اختار الصبر على الأول ثم عنّ له أن يعجل الثمن ويأخذ قال فى المطلب : فالذى يظهر أن له ذلك وجها واحدا ، قال الأذرعى وغيره : وهو ظاهر إذا لم يكن زمن نهب يخشى منه على الثمن المعجل الضياع (ولو بيع شقص وغيره) مما لاشفعة فيه كسيف (أخذه) أى الشقص لوجود سبب الأخذ دون غيره ، ولا خيار للمشترى بتفريق الصفقة عليه لأنه المورّط لنفسه . والتعليل بكونه دخل عالما بالحال مشعر بأن الجاهل يخير وإطلاقهم يخالفه . وبكل من التعليلين فارق هذا مامر من امتناع إفراد المعيب بالرد ولعلهم جروا فى ذكر العلم على الغالب (بحصته) أى بقدرها (من القيمة) من الثمن باعتبار القيمة بأن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتيهما حال البيع ويأخذ الشقص بحصته من الثمن ، فلو ساوى مائتين والسيف مائة والثمن خمسة عشر أخذه بثلثى الثمن ، وما قررنا به كلام المصنف تبعا للشارح هو مراده كما لايخفى وبه تردّ دعوى أن ذكر القيمة سبق

بهذا التشبيه ، فإنه إن كان الثمن معينا تعلق به حق البائع زادت قيمته أو نقصت ، وإن كان فى الذمة طولب به وإن أبطله السلطان . ثم رأيت فى حج بعد قوله اللزوم بناء على الأصح من لحوق الحط والزيادة فى زمن الخيار اه (قوله بين أن يعجل الثمن ويأخذ فى الحال) ومحله أخذا من كلام الأذرعى وغيره مالم يكن على المشترى ضرر فى قبوله لنحو نهب وإلا لم يجب الشفيع اه حج . وهذه تستفاد من قول الشارح الآتى : فإن اختار الصبر على الأول الخ ، إذ لافرق بين عدم الإجبار حيث كان ثم نهب وقد اختار الأخذ حالا وبين ما إذا أراد الأخذ بمؤجل ثم بعد مدة اختار الأخذ ، وقوله وإن حلّ الثمن غاية (قوله بين أن يعجل) ينبغى أن محل التخيير إذا لم يكن الزمن زمن نهب أخذا مما يأتى عن الأذرعى وغيره ، ويحتمل الفرق وأن المشترى يلزم بالأخذ هنا مطلقا لأنه لما أخذ مايؤخذ منه فقد وطن نفسه على أن أخذ الثمن حالا فألزم بقبوله ، بخلاف مسئلة الأذرعى فإن التأخير فيها لذلك الوقت من تصرف الشفيع خاصة لغرض نفسه فلا تلزم مراعاته ، ولعل الثانى أقرب (قوله أو يصبر) هى بمعنى الواو نظير ما يأتى ، لأن بين إنما تدخل على متعدد (قوله بطلت شفعته) ينبغى أن محله حيث علم بذلك وإلا فلا (قوله ولا يلزمه) أى الشفيع (قوله فإن اختار) أى الشفيع (قوله والتعليل) أى الواقع فى كلامهم وأشعر به قوله لأنه المورط الخ (قوله وإطلاقهم يخالفه) معتمد (قوله على الغالب بحصته) يوجه بأنه على حذف مضافين : أى بمثل نسبة حصته من القيمة : أى من الثمن اه سم (قوله كما لايخفى) أى فإنه لاتلازم بين الثمن والقيمة

(قوله باعتبار القيمة) تبع فى ذكره الشهاب ابن حجر بعد أن تبع فى حل المتن الجلال المحلى فلم يلتئم ، وعبارة الشهاب المذكور مع المتن بحصته : أى بقدرها من الثمن باعتبار القيمة انتهت . فلفظ القيمة فى عبارته هو مافى المتن فلا موقع لها فى كلام الشارح بعد ما فى المتن مع ماحله به

قلم (ويؤخذ) الشقص (المهور بمهر مثلها) يوم النكاح (وكذا) شقص هو (عوض خلع) فيؤخذ بمهر مثلها يوم الخلع سواء أنقص عن قيمة الشقص أم لا ، لأن البضع متقوّم وقيمته مهر المثل ، ولو أمهرها شقصا مجهولا وجب لها مهر المثل ، ولا شفعة لبقاء الشقص على ملك الزوج نص عليه فى الأم ، ويجب فى المتعة متعة مثلها لأنها الواجبة بالفراق ، والشقص عوض عنها لامهر مثلها ، ولو اعتاض عن النجوم شقصا أخذ الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها بناء على مامر من جواز الاعتياض عنها ، وكلام الشارح مبنى عليه (ولو اشترى بجزاف) بتثليث جيمه نقدا كان أو غيره (وتلف) الثمن قبل العلم بأخذه ، أو غاب وتعذر إحضاره ، أو بمتقوّم كفص مجهول القيمة أو اختلط بغيره (امتنع الأخذ) لتعذر الأخذ بالمجهول . وهذا من الحيل المسقطة للشفعة وهى مكروهة كما أطلقاه : أى فى غير شفعة الجوار ، وقيده بعضهم بما قبل البيع أما بعده فهى حرام ، وخرج بالتلف مالو كان باقيا فيكال مثلا ، ويؤخذ بقدره . نعم لايلزم البائع إحضاره ولا الإخبار بقيمته ، وفارق مامر فيما لم يره من وجوب تمكين المشترى الشفيع من الرؤية بأنه لاحق له على البائع بخلاف المشترى (فإن عين الشفيع قدرا) كاشتريته بمائة (وقال المشترى) بمائتين حلف كما يأتى بناء على مدّعاه وألزم الشفيع الأخذ به ، وإن قال (لم يكن معلوم القدر حلف على نفى العلم) بقدره لأن الأصل عدم علمه به ، وحينئذ تسقط الشفعة كما اقتضاه كلامه وجرى عليه فى نكته ونص

(قوله المهور بمهر مثلها) قال فى شرح الروض : وإن أجعله : أى جعله جعلا على عمل ، أو أقرضه أخذه بعد العمل بأجرته : أى العمل فى الأولى ، أو بعد ملك المستقرض بقيمته : أى فى الثانية ، وإن قلنا المقترض يردّ المثل الصورى اه سم على حج (قوله ولو أمهرها شقصا مجهولا) أى بأن لم تره (قوله بمثل النجوم) أى إن كانت مثلية (قوله أو بقيمتها) أى إن كانت متقوّمة ، وفى سم على حج : ينبغى يوم التعويض (قوله من جواز الاعتياض عنها) وهو المرجوح (قوله ولو اشترى بجزاف) أى مثلى أخذا من قول الشارح الآتى أو بمتقوّم الخ (قوله امتنع الأخذ) أى فيها فلا كراهة (قوله وهذا من الحيل) يمكن دفع هذه الحيلة بأن يطلب الشفيع الأخذ بقدر يعلم أن الثمن لايزيد عليه قدرا فى المثلى وقيمة فى المتقوّم ، فالوجه أن له ذلك وأن يحلف المشترى إن لم يعترف بأنه لايزيد على ذلك ، فإن نكل حلف واستحق الأخذ به اه سم على حج . وهو ظاهر فى التوصل إلى الشفعة بذلك لا لسقوط الحرمة عن المشترى بما ذكر لاحتمال أن ماعينه وحلف عليه بعد نكول المشترى أزيد مما أخذ به فيعود الضرر على الشفيع بذلك (قوله وقيده بعضهم) أى ماذكر من الكراهة (قوله أما بعده) أى كأن اشترى بصبرة من الدراهم ثم أتلف بعضها على الإبهام حتى لايتوصل إلى معرفة قدر الثمن اه سم على حج . وقول سم ثم أتلف بعضها : أى بأن تصرف فيه (قوله فهى حرام . قال حج : وفيه نظر بل كلامهما صريح فى أنه لافرق فإنهما ذكرا من جملة الحيل كثيرا مما هو بعد البيع (قوله نعم لايلزم البائع إحضاره) أى فيتعذر الأخذ بالشفعة ، وطريقه أن يذكر قدرا يعلم أن الثمن لايزيد عليه على مامر عن سم (قوله وفارق مامر) أى أنه ليس للمشترى منع الشفيع من الرؤية أى للشقص اه سم على حج (قوله حلف) أى المشترى (قوله وألزم الشفيع الأخذ) أى إن أراده (قوله وإن قال) أى المشترى (قوله حلف على نفى العلم) أى فلو أقام الشفيع بينة بقدر الثمن فالوجه قبولها واستحقاق الأخذ اه سم على حج (قوله وحينئذ تسقط الشفعة) ظاهره أنها لاتعود وإن تبين الحال لانقطاع الخصومة بالحلف ، ويوجه بأنه مقصر بالتحليف إذا كان

(قوله كفص مجهول القيمة) ليس المراد منه مجرد التمثيل بل هو قيد فى المتقوم : أى متقوم هو كفص مجهول القيمة الخ .
وعبارة التحفة : أو بمتقوم وتعذر العلم بقيمته

عليه وإن نقل عن القاضى عن النص الوقف إلى اتضاح الحال واعتمده السبكى ، وليس له الحلف على أنه اشتراه بثمن مجهول لأنه قد يعلمه بعد الشراء، فإن نكل حلف الشفيع على ماعينه وأخذ به ، ولو قال المشترى لم أشتر بذلك القدر حلف كذلك وللشفيع بعد حلف المشترى أن يزيد فى قدر الثمن ويحلفه ثانيا وثالثا وهكذا حتى ينكل المشترى فيستدل بنكوله فيحلف على ماعينه ويشفع لأن اليمين قد تستند إلى التخمين كما لو حلف على خط أبيه حيث سكنت نفسه إليه ، ولا يكون قوله نسيت قدر الثمن عذرا بل يطلب منه جواب كاف (وإن ادعى علمه) بقدره وطالبه ببيانه (ولم يعين قدرا) فى دعواه (لم تسمع دعواه فى الأصح) لأنه لم يدع حقا له . والثانى تسمع ويحلف المشترى أنه لايعلم قدره ، ولو قامت بينة بأن الثمن كان ألفا وكفا من الدراهم هو دون المائة يقينا فقال الشفيع أنا آخذه بألف ومائة كان له الأخذ كما فى فتاوى الغزالى لكنه لايحل للمشترى قبض تمام المائة (وإذا ظهر) بعد الأخذ بالشفعة (الثمن) الذى بذله مشترى الشقص نقدا أو غيره (مستحقا) ببينة أو تصادق البائع والمشترى والشفيع كما قاله المتولى (فإن كان معينا) بأن وقع الشراء بعينه (بطل البيع) لأنه بغير ثمن (والشفعة) لترتبها على البيع ، ولو خرج بعضه بطل أيضا وخروج النقد نحاسا كخروجه مستحقا ،

يمكنه ترك التحليف إلى تبين الحال ، وليس هذا كذى الحق الأصلى فإنه بعد تحليف خصمه له إقامة البينة لأن الحق هنا عارض يسقط فى الجملة بالتقصير فليتأمل اه سم على حج . وقد يقال قوله ويوجه بأنه مقصر الخ إنما يتم إذا كان يجاب لتأخير الأمر ، وقضية تضعيف ما نقله الشارح عن القاضى أنه إذا لم يحلف خالا عد ناكلا وحلف الشفيع (قوله وليس له) أى المشترى (قوله لأنه قد يعلمه بعد الشراء) أى وقبل الحلف (قوله وهكذا حتى ينكل) أى ولو فى أيام مختلفة وإن أدى ذلك لإضرار المشترى بإحضاره مجلس الحكم تلك المرات ، لأن الظاهر من حاله حيث اشترى بمجهول أنه قصد منع الشفيع من الشفعة فعوقب بذلك (قوله فيستدل بنكوله) أى على أن ماوقف عنده هو الثمن (قوله فيحلف) أى الشفيع (قوله على ماعينه) أى آخرا ، وهل يكفيه أن يحلف أنه لايعلم أن الثمن الذى اشترى به لايزيد على كذا أو لابد من الحلف على البت ؟ فيه نظر ، وقياس ما يأتى أن الشاهد لو قال كان الثمن ألفا وكفا من الدراهم هو دون مائة قبلت شهادته أنه لو حلف هنا كذلك اعتد به (قوله ولا يكون قوله) أى المشترى (قوله بل يطلب منه جواب كاف) فى سم على منهج مانصه : قوله فى جهله به مثل الجهل فى الحكم مالو قال بسبب القدر اه . وهو مخالف لكلام الشارح (قوله لايحل للمشترى قبض تمام المائة) أى لأنه لاتجوز الزيادة على مثل الثمن أو قيمته ولو بالتراضى ، على أنه هنا لاتراضى لأن الشفيع إنما دفع تمام المائة ليتمكن من الأخذ (قوله ولو خرج بعضه بطل) أى فيما يقابل من الشقص (قوله وخروج النقد نحاسا) ظاهره وإن كان متمولا ، وقد يشكل البطلان حينئذ فى المعين إلا أن يقال : لما لم يقصد إلا الفضة كان بمنزلة غير المتمول اه سم على حج . وقد يشكل الجواب بما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة حيث قالوا فيه بصحة البيع وعدم ثبوت الخيار ولم ينظروا للظن المذكور ؛ فالأولى أن يقال : إن المسئلة مصورة بما لو قال اشتريت بهذه الفضة مثلا فبان الثمن نحاسا ، وقد يدل لما ذكرناه مانقلناه عن سم من قوله ينبغى الخ (قوله كخروجه مستحقا) ينبغى أن يستثنى المعين المتمول الذى لم يوصف بأنه دراهم أو دنانير كبعتك بهذا فينبغى صحة البيع به أخذا من شراء زجاجة ظنها

(قوله وليس له الحلف الخ) أى لعدم كفاية ذلك ، وعبارة شرح الروض : ولا يكفيه (قوله بطل أيضا) أى البعض فقط

فلو خرج رديئا تخير البائع بين الرضا به والاستبدال ، فإن رضى به لم يلزم المشترى الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع الجيد قاله البغوى ونظر فيه المصنف ورده البلقينى بأنه جار على قوله فيما إذا ظهر العبد الذى باع به البائع معيبا ورضى به أن على الشفيع قيمته سليما لأنه الذى اقتضاه العقد وقد قال الإمام إنه غلط ؛ وإنما عليه قيمته معيبا فالتغليظ بالمثلى أولى . قال : والصواب فى كلتا المسئلتين ذكر وجهين أصحهما اعتبار ماظهر وجزم به ابن المقرى فى المعيب وهو الأوجه ، وقياس ما قالوه فى حط بعض الثمن من الفرق بين ماقبل اللزوم وبعده أن يقال بنظيره هنا من أن البائع إن رضى بردىء أو معيب قبل اللزوم لزم لمشترى الرضا بهما من الشفيع أو بعده فلا . وحينئذ فيحتمل التزام ذلك لأن منة البائع ومسامحته موجودة فيهما ، إلا أن يفرق بأن الردىء والمعيب غير ما وقع به العقد بالكلية ، بخلاف الثمن فإنه وقع به العقد فسرى ما وقع فيه إلى الشفيع ، هذا والأوجه الفرق بين المعيب والردىء ، إذ ضرر الرداءة أكثر من

جوهرة فإنه يصح وحينئذ تثبت الشفعة فليراجع سم على حج (قوله فلو خرج رديئا) أى وإن وقع الشراء بعينه بل هو ظاهر فى ذلك ، لكن لا وجه حينئذ لقوله والاستبدال اهـ سم (قوله تخير البائع بين الرضا به والاستبدال) إنما يظهر الاستبدال إذا باع بثمن فى الذمة ، أما بالمعين الذى الكلام فيه فيتخير بين الرضا به والفسخ ، ثم رأيت فى سم على منهج/أن ما ذكروه من أن له طلب بدله إذا عين فى العقد لايخلو عن إشكال ، فإن القياس فى المعين فى العقد أن يتخير بين الفسخ والإمضاء ، وأما رده وأخذ بدله فلا فليتأمل . ثم أوردت ذلك على مر فحاول عبارة العباب على أن البدل فى المعين طلب الأرش فليتأمل مر اهـ . هذا الحمل إنما يتم لو كان إذا طلب الأرش ووافقه جاز أخذه وقد تقدم خلافه (قوله ورده البلقينى) أى رد كلام البغوى (قوله قال والصواب) أى قال البلقينى (قوله أصحهما اعتبار ماظهر) أى بعد العقد وهو مثل الردىء وقيمة المعيب (قوله وهو الأوجه) من كلام مر ظاهره أنه راجع لما ظهر من المعيب والردىء ، واستوجهه سم على حج حيث كان الشراء بالمعين كما هو الفرض ، وفى حاشية شيخنا الزيادى أن المعتمد الفرق بين المعيب والردىء . وعبارته : المعتمد ماجرى عليه ابن المقرى فى المعيب دون الردىء ، فالواجب مثله جيدا كما جزم به ابن المقرى فى متن الروض أيضا ، ويحتاج للفرق بينهما ، اللهم إلا أن يقال : الرداءة أقوى منه لأنها وصف لازم ، بخلاف العيب فإنه يطرأ ويزول اهـ . ثم رأيت قوله الآتى : هذا والأوجه الخ (قوله والأوجه الفرق بين المعيب والردىء) أى فلا يجب على المشترى قبول الردىء ويجب قبول قيمة المعيب وهذا الأوجه موافق لقوله السابق وجزم به ابن المقرى فى المعيب وهو الأوجه

(قوله فلو خرج رديئا تخير البائع بين الرضا به والاستبدال الخ) هو مشكل إن كانت الصورة أن الثمن معين كما هو صريح السياق فإن القياس فيه إنما هو التخيير بين الفسخ والإمضاء لا رد المعين وطلب بدله . قال الشهاب بن قاسم : إلا أن يراد بطلب بدله طلب قيمة الشقص إذا تعذر رده فيزول الإشكال (قوله وهو الأوجه) أى فيبذل للمشترى المعيب دون الردىء كما يأتى (قوله ومسامحته موجودة فيهما) أى فى الحط وقبول الردىء أو المعيب (قوله بخلاف الثمن) أى إذا حط أو بعضه (قوله فسرى ما وقع فيه إلى الشفيع) أى بخلاف الردىء والمعيب فلا يسرى فلا يعطيه إلا الجيد سواء ماقبل اللزوم وما بعده ، لأن ماقبله ثبت بالفرق المذكور ، وما بعده بالأولى ، وهذا الفرق يوافق مامر عن البغوى (قوله والأوجه الفرق بين المعيب والردىء) أى فيدفع مثل المعيب بخلاف الردىء كما صرح به الزيادى فى حاشيته ، ومعنى قوله إذ ضرر الرداءة أكثر : أى على المشترى ، ثم انظر هل ماذكر فى المعيب يجرى

المعيب ، إذ لايلزم من عيبه رداءته (وإلا) بأن اشترى بثمن فى ذمته ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقا (أبدل) المدفوع (وبقيا) أى المبيع والشفعة لأن إعطاءه عما فى الذمة لم يقع الموقع فكان وجوده كعدمه ؛ وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرّع بتسليمه وحبسه إلى قبض الثمن (وإن دفع الشفيع مستحقا) أو نحو نحاس (لم تبطل شفعته إن جهل) لعذره (وكذا إن علم فى الأصح) لعدم تقصيره فى الطلب والشفعة لاتستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه . والثانى تبطل لأنه أخذ بما لايملك فكأنه ترك الأخذ مع القدرة ، فلو لم يأخذها بمعين كتملكت بعشرة دنانير ثم نقد المستحق لم تبطل قطعا ؛ وإذا بقى حقه فهل يتبين أنه لم يملك فيحتاج لتملك جديد أو ملك والثمن دين عليه فالفوائد له وجهان رجح الرافعى الأول وغيره الثانى واستظهر هذا ، والأوجه أن الأخذ إن كان بالعين تعين الأول أو فى الذمة تعين الثانى (وتصرف المشترى فى الشقص) المشفوع (كبيع ووقف) ولو مسجدا كما قاله ابن الصباغ (وإجارة صحيح) لوقوعه فى ملكه وإن لم يلزم فكان كتصرف الولد فيما وهبه أبوه (وللشفيع نقض ما لاشفعة له فيه) ابتداء (كالوقف) والهبة والإجارة . قال الماوردى : وإذا أمضى الإجارة فالأجرة للمشترى (وأخذه) أى الشقص (ويتخير فيما فيه شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثانى أو ينقض ويأخذ بالأول) لما مر إذ الثمن قد يكون فى الأول أقل أو جنسه أيسر ، وأو هنا بمعنى الواو الواجبة فى حيز بين لكن الفقهاء كثيرا

(قوله ودفع عما فيها) أى بعد مفارقة المجلس أخذا من قولهم الواقع فى المجلس كالواقع فى صلب العقد (قوله إن لم يكن تبرّع بتسليمه) كأن دفعه قبل قبض الثمن بلا إجبار ولو اختلفا فينبغى تصديقه فى عدم التبرع (قوله وكذا إن علم فى الأصح) قد يشكل على ماتقدم قبيل قول المصنف ويشترط لفظ الخ من أنه إذا شرع فى سبب الأخذ وجب الفور فى التملك ، وجه الإشكال أن دفع المستحق مع العلم بحاله تقصير ينافى الفورية ، مع أنه شرع فى الأخذ بدليل ذكر الخلاف فى أنه يحتاج لتملك جديد أولا فليتأمل فيحمل هذا على ما إذا لم تفت الفورية بأن تدارك فورا اهـ سم على حج (قوله وإذا بقى حقه) أى الشفيع (قوله تعين الثانى) أى وعلى كل لايضرّ تأخير إحضار البدل على ما اقتضاه إطلاقه ، ولكن قدمنا عن المؤلف أنه لابد من أخذه فى أسباب إبداله عقب ظهوره مستحقا وإلا بطل اهـ . وتقدم ما فيه (قوله وإجارة صحيح) يؤخذ منه أن قبض الشقص لايتوقف على إذن من الشريك وإلا لم يصح بيعه قبل علم الشفيع ورضاه بالقبض ، وتقدم أن الحكم كذلك فى العقار دون المنقول كالحيوان ، فلابد لصحة قبضه من إذن الشريك ، وأن الفرق بين المنقول والعقار أن اليد على العقار حكمية بخلاف المنقول (قوله وإن لم يلزم) أى ملكه لإمكان أخذ الشفيع منه (قوله فكان كتصرف الولد) أى حيث قلنا بنفوذه لكن تصرف الولد يمنع رجوع الأب ، بخلاف تصرف المشترى لما يأتى من أن للشفيع نقضه والأخذ (قوله ابتداء) معمول للنقض ، ومنه ما لو أوصى بالشقص ومات قبل الموصى له فله نقض ذلك وأخذ الشقص ودفع الثمن أو قيمته للوارث كما هو ظاهر اهـ سم على حج (قوله وإذا أمضى الإجارة) أى الشفيع بأن طلب الأخذ بالشفعة الآن وأخر التملك إلى انقضاء مدة الإجارة ثم أخذ فالأجرة للمشترى لحصولها فى ملكه ، وعبارة العباب : أو أى أو تصرف المشترى بما لايزيل ملكه كرهن وإجارة ، فإن أخر الأخذ لزوالهما بطل حقه وإن شفع بطل الرهن للإجارة ، فإن فسخها فذاك وإن قررها فالأجرة للمشترى اهـ . وقوله بطل حقه قد يشكل على ما يأتى أن الذى على الفور هو الطلب لا التملك

فيما قبل اللزوم وما بعده (قوله تعين الأول) وعليه فلا بد من الفور

ما يتسامحون فى ذلك ، وليس المراد بالنقض الفسخ ثم الأخذ بالشفعة ، بل الأخذ بها وإن لم يتقدمه لفظ فسخ كما استنبطه فى المطلب من كلامهم خلافا لما يقتضيه كلام أصل الروضة ، وإنما لم يكن تصرف الأصل فيما وهبه لفرعه رجوعا بخلافه هنا لأن الأصل هناك هو الواهب فلا بد من أن يرجع عن تصرفه بخلاف الشفيع ، ولو بنى المشترى أو غرس فى المشفوع قبل علم الشفيع بذلك ثم علم قلع مجانا لتعدى المشترى . نعم إن فعل ذلك فى نصيبه بعد القسمة ثم أخذ بالشفعة لم يقلع مجانا . فإن قيل القسمة تتضمن رضا الشفيع بتملك المشترى غالبا رد بأن ذلك يتصور بصور كأن يظن المبيع هبة ثم يتيقن أنه اشتراه أو أنه اشتراه بثمن كثير ثم ظهر أنه بأقل ، أو يظن الشفيع كون المشترى وكيلا للبائع ، ولبناء المشترى وغراسه حينئذ حكم بناء المستعير وغراسه إلا أن المشترى لا يكلف تسوية الأرض إذا اختار القلع لأنه كان متصرفا فى ملكه ، فإن حدث فى الأرض نقص أخذه الشفيع على صفته ، أو يتركه ويبقى زرعه إلى أوان الحصاد من غير أجرة ، وللشفيع تأخير الأخذ بالشفعة إلى أوان الحصاد لعدم الانتفاع به قبل ، وفى جواز التأخير إلى أوان جذاذ الثمرة فيما إذا كان فى الشقص شجر عليه ثمرة لاتستحق بالشفعة وجهان أرجحهما كما قاله الزركشى المنع . والفرق أن الثمرة لاتمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع . ويمكن حمل الجواز على مالو كانت المنفعة تنقص بها مع بقائه والمنع على خلافه . ولو ادعى المشترى إحداث بناء وادعى الشفيع قدمه صدق المشترى كما فى الشامل وإن توقف فيه فى المطلب (ولو اختلف المشترى والشفيع فى قدر الثمن) ولا بينة أو أقاما بينتين وتعارضتا (صدق المشترى) بيمينه لأنه أعلم بما باشره من الشفيع ، فإن نكل حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه ، وما بحثه الزركشى

إلا أن يصور هذا بما إذا شرع فى الأخذ أخذا مما تقدم قبل الفصل ، وكذا يقال فى قول الشارح السابق . نعم لو رضى المشترى بذمة الشفيع تعين عليه الأخذ حالا وإلا سقط حقه اهـ سم على حج (قوله بل الأخذ بها) أى بأن يقول أخذت بالشفعة (قوله وإنما لم يكن تصرف) أى بالبيع والإعتاق الخ (قوله فلا بد من أن يرجع) أى بلفظ يدل عليه (قوله عن تصرفه) أى وهو الهبة (قوله لتعدى المشترى) أى لأن كل جزء مشترك بينه وبين الشريك القديم ، وقد فعل بلا إذن منه (قوله بعد القسمة) وينبغى أن مثل القسمة مالو استأذن الشفيع فأذن لظنه أنه اتهبه أو استعار من البائع نصيبه أو استأجر منه (قوله لم يقلع مجانا) أى بل يخير الشفيع بعد الأخذ بين التملك بالقيمة والقلع مع أرش النقص والتبقية بالأجرة كما يعلم من قوله ولبناء المشترى (قوله حكم بناء المستعير وغراسه) أى من التخيير بين الأمور الثلاثة المتقدمة (قوله وللشفيع تأخير الأخذ) أى ولو كان يريد السفر وتكون غيبته عذرا أو يوكل من يتملك له بعد الحصاد (قوله لاتستحق) أى بأن حدثت بعد العقد وتأبرت قبل الأخذ كما تقدم (قوله المنع) أى منع التأخير (قوله ويمكن حمل الجواز) أى للتأخير (قوله تنقص بها) أى بالأرض ، وقوله مع بقائه : أى الثمر (قوله صدق المشترى) أى فله نقضه أو بيعه للشفيع مثلا ، ومحله أيضا كما هو ظاهر مالم تدل القرينة على خلافه (قوله وما بحثه الزركشى الخ) الوجه أنه لاعدول عن بحث الزركشى ، إذ قد يستحيل فى العادة ما ادعاه المشترى كما لو علم أنه فى غاية الرشد واليقظة ، وانتفى احتمال غرض ماله فى ذلك الشقص بأزيد من عشرة دراهم

(قوله وإنما لم يكن تصرف الأصل الخ) يتأمل (قوله عن تصرفه) أى هبته التى تعاطاها (قوله غالبا) يتعين حذفه من الإشكال لأنه لايتأتى معه إشكال إذ هو حاصل الجواب كما لايخفى (قوله وما بحثه الزركشى الخ) استوجه الشهاب ابن قاسم ما قاله الزركشى وقرره فى حواشى التحفة تقريرا حسنا فليراجع

من أنه لو كذبه الحس كأن ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوى دينارا لم يصدق فيه نظر ، مأخذه مامر من أنه لاخيار له فى شراء زجاجة بألف وهى تساوى درهما ، وبه يعلم أن الحس لايكذب ذلك لأن الغبن بذلك قد يقع (وكذا لو أنكر المشترى) فى زعم الشفيع (الشراء) وإن كان الشقص فى يده (أو) أنكر (كون الطالب شريكا) لأن الأصل عدمها ويحلف فى الأولى أنه ما اشتراه وفى الثانية على نفى العلم بشركته ، فإن نكل حلف الطالب بتا وأخذ (فإن اعترف الشريك) القديم (بالبيع فالأصح ثبوت الشفعة) عملا بإقراره وإن حضر المشترى وكذبه سواء اعترف البائع بقبض الثمن أم لا ، إذ الغرض أن الشقص فى يده أو يد المشترى وقال إنه وديعة منه أو عارية مثلا . والثانى لاتثبت له لأن الشفيع يأخذه من المشترى ، فإذا لم يثبت الشراء لم يثبت ماتفرع عليه . أما لو كان فى يد المشترى فادعى ملكه وأنكر الشراء لم يصدق البائع عليه لأن إقرار غير ذى اليد لايسرى على ذى اليد (ويسلم الثمن إلى البائع إن لم يعترف بقبضه) من المشترى لتلقى الملك منه فكأنه المشترى منه ، فلو امتنع من قبضه من الشفيع كان له مطالبة المشترى فى أحد وجهين رجحه الشيخ رحمه الله وهو الأوجه ، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأن ماله قد يكون أبعد عن الشبهة ، وإن حلف المشترى فلا شىء عليه . فإن نكل حلف البائع وأخذ منه الثمن وكانت عهدته عليه (وإن اعترف البائع بقبضه فهل يترك الثمن فى يد الشفيع) إن كان معينا وذمته إن كان غير معين فالاعتراض عليه بأنه كان ينبغى التعبير بذمة الشفيع غير صحيح (أم يأخذه القاضى ويحفظه) لأنه مال ضائع (فيه خلاف سبق فى) أوائل (الإقرار نظيره) والأصح منه الأول ، وذكر هنا المقابل دون

مثلا لخسته وخسة محله وادعى المشترى مع ذلك أنه اشتراه بألف دينار فإنه لاشبهة ، والحال ماذكر فى استحالة ذلك عادة وتكذيب الحس له ، ولا ترد مسئلة الزجاجة لأن الغبن فيها إنما أمكن من جهة اشتباهها بالجوهرة التى يرغب فيها بمثل ذلك الثمن ، وهذا المعنى لايتأتى فيما نحن فيه ، والحالة ماذكر اهـ سم على حج . أقول : والفرق له وجه .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو كان بين مسلم وذمى دار شركة فباع الذمى مايخصه لذمى آخر بخمر أوخنزير أو كلب وثبتت للمسلم الشفعة فماذا يأخذ به المسلم ؟ فيه نظر ، والجواب عنه بأن الظاهر أن يقال فيه : يأخذ ببدل ما ذكر بتقدير كونه مالا عندنا بأن يقدر الخمر خلا لاعصيرا والخنزير بقرة أو شاة أخذا مما قالوه فى تفريق الصفقة ، وفيما لو نكحها بخمر فى الكفر ولم تقبضه ثم أسلمت من أنه يرجع لمهر المثل ، ولا يصح أن تأخذ بقيمة الخمر عندهم لأن المسلم لايرى ذلك ، ويحتمل أن يقال تأخذ بقيمة الشقص لأنه لما تعذر الأخذ بالخمر لكونه لاقيمة له عند المسلم رجع إلى قيمة الشقص كما لو جعل الشقص صداقا أو عوض خلع فإنه يرجع فيه إلى مهر المثل ، فقيمة الشقص هنا بدل الخمر ، كما أن مهر المثل هناك بدل البضع الذى استحقه الزوج فى النكاح وجعل الشقص فى مقابلته ، ويحتمل أن يقال بسقوط الشفعة لأنه لما تعذر الأخذ بالثمن وكان لاقيمة له أشبه الهبة أو ما أخذ بثمن مجهول والأول من الاحتمالات أقربها . أقول : أقرب الاحتمالات آخرها لأن المسلم يرى بطلان شراء الذمى بالخمر فلا شفعة له لبقاء ملك الذمى (قوله من أنه لو كذبه الحس) فيه نظر إذ تقع القرائن بالتكذيب اهـ سم على حج (قوله فيه نظر) معتمد : أى فيصدق (قوله فى زعم الشفيع) متعلق بالمشترى (قوله لم يصدق البائع عليه) أى حيث لابينة (قوله ويسلم) أى الشفيع (قوله كان له مطالبة المشترى) أى ويبقى الثمن فى يد الشفيع حتى يطالبه به

(قوله وإن حلف المشترى) الأنسب فإن حلف بالفاء ، والتعبير بالواو فيما بعده أحسن

التصحيح عكس ماذكر ثم اكتفاء عن كل بنظيره ، واغتفر للشفيع التصرف فى الشقص مع بقاء الثمن فى ذمته لعذره بعدم مستحق معين له ، وبه يفرق بين هذا وما مر من توقف تصرفه على أداء الثمن ، ويؤيد ذلك مافرق به بعضهم بأن المشترى هناك معترف بالشراء وهنا بخلافه . نعم لو عاد وصدقه سلم إليه بغير إقرار جديد وفارق مامرّ بأن ماهنا معاوضة فقوى جانبها ويكفى فى سبق النظير تركه فى يد المقرّ وإتيان المصنف هنا بأم بدل أو صحيح ، والقول بأنه خلاف الصواب لأن أم تكون بعد الهمزة وأو بعد هل مردود بأنه أغلبىّ لا كلى (ولو استحق الشفعة جمع) ابتداء كدار مشتركة بين جماعة باع أحدهم نصيبه أو دواما كأن ورثوها عن واحد واختلف قدر أملاكهم (أخذوا بها على قدر الحصص) من الملك لأنه حق مستحق به فقسط على قدره كالأجرة وكسب القنّ (وفى قول على الرؤوس) لأن أصل الشركة سبب الشفعة وقد تساووا فيها بدليل أن الواحد يأخذ الجميع وإن قلّ نصيبه ، وانتصر جمع متأخرون لهذا ، والأكثرون على الأول (ولو باع أحد شريكين نصف حصته) مثلا (لرجل) أى شخص (ثم باقيها لآخر) قبل أخذ الشريك القديم مابيع أوّلا (فالشفعة فى النصف الأول للشريك القديم) إذ ليس معه شريك حال البيع سوى البائع ولا يشفع فيما باعه وقد يعفو عنه (والأصح أنه إذا عفا) الشريك القديم (عن النصف الأوّل) بعد البيع الثانى (شاركه المشترى الأول فى النصف الثانى) لأن ملكه قد سبق البيع الثانى واستقرّ بعفو الشريك القديم عنه فيستحق مشاركته (وإلا) بأن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذى اشتراه بل أخذه منه (فلا) يشارك الأول القديم لزوال ملكه . والوجه الثانى يشاركه مطلقا لأنه شريكه حالة الشراء ، وخرج بثم مالو وقع البيعان معا فالشفعة فيهما معا للأول وحده ، وعلم مما تقرر من كون العفو بعد البيع الثانى أنه لو عفا قبله اشتركا فيه جزما أو أخذ قبله انتفت جزما (والأصح أنه لو عفا أحد شفيعين سقط حقه) منها كسائر الحقوق المالية (وتخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه) كالمنفرد (وليس له الاقتصار على حصته) لئلا تتبعض الصفقة على

البائع أو المشترى (قوله وفارق مامرّ) أى من أنه لابدّ من إقرار جديد (قوله ويكفى فى سبق النظير) أى المذكور فى قوله سبق فى الإقرار نظيره .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو اختلف الشفيع والمشترى فى العفو عن الأخذ بالشفعة هل يصدق الشفيع أو المشترى ؟ والجواب عنه بأن الظاهر تصديق الشفيع لأن الأصل بقاء حقه وعدم العفو (قوله والأكثرون على الأول) معتمد (قوله أى شخص) أوّل به ليشمل الأنثى (قوله وتخير الآخر) لو كان عفوه بعد أخذ الآخر حصته فهل الحكم كذلك فيقال للآخر إن لم تأخذ الباقى وهو حصة العافى وإلا بطل تملك لحصتك أوّلا ؟ فيه نظر فليراجع ، وقد يشمل قول المتن وليس له الاقتصار على حصته مالو كان العفو بعد أخذ حصته اهـ سم على حج (قوله كالمنفرد) أى فى أنه لايأخذ البعض ويترك البعض ، بل إما يأخذ الجميع أو يتركه ، وقد تقدم أنه قد يأخذ بعض المبيع ، كما لو باع مالك دارا جميعها وله فيها ممر فليس لشريكه فى الممر أخذه لئلا يعطل منفعة الدار إلا إذا اتسع حصة الدار المبيعة جدا بحيث يمكن جعلها ممرين فللشريك أخذ مازاد على مايكفى مشترى الدار للمرور (قوله وليس له الاقتصار على حصته) أى وإن رضى المشترى على قياس ما يأتى عن السبكى وإن اقتضى التعليل

(قوله بغير إقرار جديد) أى من البائع كما هو ظاهر (قوله ويكفى فى سبق النظير الخ) كان الأولى ذكر هذا عقب قوله اكتفاء عن كل بنظيره (قوله ابتداء) هنا ودواما فيما يأتى انظر مامعناهما ، ولعله لامعنى لهما هنا فإنه ببيع هذا الأحد استحقوها ابتداء سواء ملكوا بالشراء أو بالإرث أو غيرهما ، وعبارة التحفة عقب قول المصنف جمع نصها : كدار مشتركة بين جمع بنحو شراء أو إرث باع أحدهم نصيبه انتهت (قوله وقد يعفو عنه) انظر ما المراد به هنا (قوله وليس له الاقتصار على حصته) أى وإن رضى المشترى كما يأتى

المشترى والثانى يسقط حق العافى وغيره كالقصاص.وأجاب الأول بأن القصاص يستحيل تبعيضه وينقل إلى بدله (و) الأصح (أن الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط) حقه (كله) كالقود ، والثانى لايسقط شيء منه كعفوه عن بعض حدّ القذف (ولو حضر أحد شفيعين) وغاب الآخر (فله) أى الحاضر (أخذ الجميع فى الحال) لا الاقتصار على حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشترى لو لم يأخذ الغائب ، إذ يحتمل أنه أزال ملكه بوقف أو غيره أو لارغبة له فى الأخذ ، فلو رضى المشترى بأن يأخذ الحاضر حصته فقط فالمتجه كما اعتمده السبكى كابن الرفعة أنه كما لو أراد الشفيع الواحد أن يأخذ بعض حقه والأصح منعه ، وإذا أخذ الحاضر الكل استمر الملك له مالم يحضر الغائب ويأخذ (فإذا حضر الغائب شاركه) لثبوت حقه ، وما استوفاه الحاضر من الفوائد قبل تملك الغائب من نحو ثمرة وأجرة لايشاركه فيه كما أن الشفيع لايشارك المشترى فيه (والأصح أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب) وإن كان الأخذ بها على الفور لظهور عذره لأن له غرضا فى ترك أخذ مايؤخذ منه ولا يلزمه الإعلام بالطلب كما مر والثانى لا لتمكنه من الأخذ . ولو استحقها ثلاثة كدار بين أربعة بالسوية باع أحدهم حصته واستحقها الباقون فحضر أحدهم أخذ الكل أو ترك أو أخر لحضورهما كما مر ، فإن أخذ الكل وحضر الثانى ناصفه بنصف الثمن كما لو لم يكن إلا شفيعان . وإذا حضر الثالث أخذ من كل ثلث مابيده لأنه قدر حصته ، ولو أراد أخذ ثلث مافى يد أحدهما فقط جاز كما يجوز للشفيع أخذ نصيب أحدالمشتريين. واعلم أن للثانى أخذ الثلث من الأول لأنه لايفوّت الحق عليه إذ الحق ثبت لهم أثلاثا ، وإن حضر الثالث وأخذ نصف مابيده الأول أو ثلث مابيد كل من الأول والثانى وكان الثانى فى الثانية قد أخذ من الأول النصف استووا فى المأخوذ ، أو أخذ الثالث ثلث الثلث الذى فى يد الثانى فله ضمه لما فى يد الأول واقتسماه بالسوية بينهما فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر ، فإنه يأخذ ثلث الثلث وهو واحد من تسعة يضمه إلى ستة منها فلا تصح على اثنين فتضرب اثنين فى تسعة فللثانى منهما اثنان فى المضروب فيها بأربعة تبقى أربعة عشر بين الأول والثالث لكل منهما سبعة ، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر

للمذكور خلافه ، وغاية الأمر أنه تعليل قاصر أو جرى على الغالب اهـ سم على حج (قوله وينقل إلى بدله) وهو الدية (قوله كعفوه عن بعض حدّ القذف) فيه تصريح بأن المستحق لحدّ القذف إذا عفا عن بعضه لايسقط منه شيء ولعل الفرق بين ذلك والقصاص حيث سقط كله بإسقاط بعضه أن فيه حقن الدماء ، وأيضا له بدل وهو الدية (قوله لا الاقتصار عن حصته) فإن قال لا آخذ إلا قدر حصتى بطل حقه مطلقا لتقصيره اهـ حج . وينبغى تقييده بما إذا كان عالما بذلك ، فإن كان جاهلا لم يبطل حقه بذلك سيما إن كان ممن يخفى عليه ذلك كما لو أسقط حقه من رد المبيع بعيب بعوض (قوله استمر الملك) أى فيفوز بالزوائد كما يأتى (قوله ولا يلزمه الإعلام بالطلب كما مر) أى فى شرح قول المصنف أو اشترى بمؤجل فالأظهر أنه مخير بين أن يعجل الثمن الخ ، وقضية كلامه أنه لو لم يقصد الأخذ بأن استمر على السكوت سقط حقه ، ولعله غير مراد لأنه ثبت له ذلك بتخييره والأصل عدم الصارف (قوله ناصفه بنصف الثمن) أى إن شاء أو أخذ الثلث بثلث الثمن كما يأتى فى قوله واعلم أن للثانى الخ (قوله وأخذ نصف مابيد الأول) وهو الأربعة بعد أخذ الثانى ثلث مابيد الأول وهو اثنان من ستة قراريط التى هى المبيعة (قوله قد أخذ من الأول النصف) أى وهو ثلاثة من ستة (قوله أو أخذ الثالث ثلث الثلث) وقدره ستة من ثمانية عشر على ما يأتى (قوله الذى فى يد الثانى) وهو قيراطان وثلثهما ثلثا قيراط (قوله فإنه) أى الثالث (قوله وهو واحد من تسعة) أى لأن أقل عدد له ثلث وثلث ثلث تسعة (قوله بضمه إلى ستة) أى وهى الباقية

فجملتها اثنان وسبعون ، وإنما كان للثالث أخذ ثلث الثلث من الثانى لأنه يقول مامن جزء إلا ولى منه ثلثه ، ولو استحق الشفعة حاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب فورثه الحاضر أخذ الكل بها وإن عفا أوّلا لأنه الآن يأخذ بحق الإرث (ولا اشتريا شقصا فللشفيع أخذ نصيبهما) وهو ظاهر (ونصيب أحدهما) لأنه لم يفرق عليه ملكه (ولو اشترى واحد من اثنين) أو وكيلهما المتحد لما مرّ أن العبرة هنا فى التعدد وعدمه بالمعقود له لا العاقد (فله أخذ حصة أحد البائعين فى الأصح) لتعدد الصفقة بتعدد البائعين ولوجود التفريق هنا جرى الخلاف دون ماقبله ، وبهذا فارق مامرّ فى البيع من عكس ذلك هو تعددها بتعدد البائع قطعا والمشترى على الأصح ويتعدد هنا بتعدد المحل أيضا ، فلو باع شقصين من دارين صفقة وشفيعهما واحد فله أخذ أحدهما فقط ، والثانى لا لأن المشترى ملك الجميع فلا يفرق ملكه عليه (والأظهر أن الشفعة) أى طلبها وإن تأخر التملك (على الفور) لخبر ضعيف فيه ولأنه خيار ثبت بنفسه لدفع الضرر فكان كالرد بالعيب ، وقد لايجب فى صور علم أكثرها من كلامه كالمبيع بمؤجل أو وأحد الشريكين غائب ، وكأن أخبر بنحو زيادة فترك ثم بان خلافه ، وكالتأخير لانتظار إدراك زرع وحصاده ، أو ليعلم قدر الثمن أو ليخلص نصيبه المغصوب كما نص عليه ، والأوجه أن محله إذا لم يقدر على نزعه إلا بمشقة أو لجهله بأن له الشفعة أو بأنها على الفور وهو ممن يخفى عليه ذلك ، وكمدة خيار شرط الغير وكتأخير الولىّ أو عفوه

من التسعة فى يد الأول (قوله فجملتهما اثنان وسبعون) أى حاصلة من ضرب أربعة فى ثمانية عشر (قوله فورثه الحاضر) أى وكان جائزا (قوله لأنه الآن يأخذ بحق الإرث) أى للشفعة التى ثبتت للغائب (قوله أو وكيلهما المتحد لما مرّ) .

[قاعدة] العبرة فى اتحاد العقد وتعدده بالوكيل إلا فى الشفعة والرهن فالعبرة فيهما بالموكل (قوله لخبر ضعيف فيه) لكنه تقوّى بوروده من طرق فصار حسنا لغيره اهـ حج بالمعنى . وعبارة عميرة : قوله على الفور : أى لحديث الشفعة « كحل العقال » أى تفوت بترك المبادرة كما يفوت البعير الشرود عند حلّ العقال إذا لم يبادر إليه اهـ (قوله لانتظار إدراك زرع) أى كله فلو أدرك بعضه دون بعض لايكلف أخذ ماأدرك لما فيه من المشقة عليه : قال فى الروض وفى جواز التأخير إلى جذاذ الثمرة : أى فيما لو كان فى الشقص شجر عليه ثمرة لاتستحق بالشفعة وجهان اهـ . والأرجح كما قاله الزركشى المنع ، والفرق إمكان الانتفاع مع بقاء الثمرة مر اهـ سم على حج . ثم رأيت قول الشارح السابق : وفى جواز التأخير الخ (قوله أو ليخلص نصيبه المغصوب) ما الحكمة فى انتظار تخليص نصيبه مع تمكنه من أخذ الحصة المبيعة بالشفعة وتصرفه فيها وإن دام الغصب فى نصيبه (قوله والأوجه أن محله) أى كون الغصب عذرا (قوله وكتأخير الولىّ أو عفوه) أى والمصلحة فى الأخذ فللولى الأخذ بعد تأخيره وللمولى الأخذ إذا كمل قبل أخذ الولى ، ولا يمنع تأخير الولى وإن لم يعذر فى التأخير لأن الحق لغيره فلا يسقط بتأخيره وتقصيره ، أما إذا كانت المصلحة فى الترك فيمتنع أخذ الولى ولو فورا فضلا عن السقوط بالتأخير ويعتد بعفوه ، بل لا اعتبار

(قوله وإن تأخر التملك) معناه أنه لايجب أنه يبدأ بالتملك ، بل يكفى أن يبادر بالطلب ثم يتملك عقبه ، وإلا فقد مر أنه لابد من فورية التملك والشهاب ابن حجر أخر هذه الغاية عن قول المصنف على الفور وما صنعه أقعد كما لايخفى (قوله لخبر ضعيف فيه) قال فى التحفة : وكأنه اعتضد عندهم بما صيره حسنا لغيره اهـ فكان على الشارح أن يذكر هذا وإلا فالضعيف لايحتج به فى مثل هذا

فإنه لايسقط حق المولى ، ومقابل الأظهر أقوال : أحدها يمتد إلى ثلاثة أيام . وثانيها يمتد مدة تسع التأمل فى مثل ذلك الشقص . وثالثها أنها على التأبيد مالم يصرح بإسقاطها أو يعرّض به كبعه لمن شئت (فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر) عقب علمه من غير فاصل (على العادة) ولا يكلف البدار على خلافها بعدو ونحوه بل يرجع فيه إلى العرف ، فما عده توانيا وتقصيرا كان مسقطا ومالا فلا ، وضابط ماهنا مامر فى الرد بالعيب وذكر كغيره بعض ذلك ثم وبعضه هنا إشارة إلى اتحاد البابين : أى غالبا لما يأتى ، فإن لم يعلم كان على شفعته وإن مضى سنون : نعم يأتى فى خيار أمة عتقت أنه لايقبل دعواها الجهل به إذا كذبها العادة بأن كانت معه فى داره وشاع عتقها فالأوجه أن يقال بمثله هنا (فإن كان مريضا) أومحبوسا ولو بحق وعجز عن الطلب بنفسه (أو غائبا عن بلد المشترى) بحيث تعدّ غيبته حائلة بينه وبين مباشرة الطلب كما جزم به السبكى تبعا لابن الصلاح (أو خائفا من عدو) أو إفراط برد أو حر (فليوكل) فى الطلب (إن قدر) عليه لأنه الممكن (وإلا) بأن عجز عن التوكيل (فليشهد) رجلين أو رجلا وامرأتين أو واحدا ليحلف معه قياسا على مامر فى الرد بالعيب ، وقال الزركشى : إنه الأقرب ، وبه جزم ابن كج فى التجريد خلافا للرويانى (على الطلب) ولو قال أشهدت فلانا وفلانا فأنكرا لم يسقط حقه (فإن ترك المقدور عليه منهما) أى التوكيل والإشهاد المذكورين (بطل حقه فى الأظهر) لتقصيره المشعر بالرضا ، والثانى لا إحالة للترك على السبب الظاهر لاسيما أن التوكيل لابد فيه من بدل مؤنة أو تحمل منه ، نعم الغائب مخير بين التوكيل والرفع إلى الحاكم كما أخذه السبكى من كلام البغوى قال : وكذا إذا حضر الشفيع وغاب المشترى ، ويجوز للقادر التوكيل أيضا فغرضهم ذلك عند العجز إنما هو لتعينه حينئذ طريقا لالامتناعه عند القدرة على الطلب بنفسه ، ولو سار عقب العلم بنفسه أو وكل لم يتعين عليه الإشهاد على الطلب حينئذ ، بخلافه

بعفوه وعدمه لامتناع الأخذ عليه مطلقا لكونه خلاف المصلحة ، ولو ترك الولىّ الأخذ أو عفا والحالة ماذكر : أى أن المصلحة فى الترك امتنع على المولى الأخذ بعد كماله مر اه سم على حج . وقول سم امتنع : أى فيحرم تملكه لفساده ولا ينفذ (قوله فإنه لايسقط حق المولى) قال الأستاذ البكرى فى كنزه : ويتجه مثله فى الشفعة المتعلقة بالمسجد وبيت المال اه سم على حج : أى فلو ترك متولى المسجد أو بيت المال الأخذ أو عفا عنه لم يكن مسقطا لثبوت الشفعة فله الأخذ بعد ذلك وإن سبق العفو منه إذ لا حق له فيه ، ولو لم يأخذ ثم عزل وتولى غيره كان للغير الأخذ ، ولو كانت المصلحة فى الترك فعفا امتنع عليه وعلى غيره الأخذ بعد ذلك لإسقاطها بانتفاء المصلحة وقت البيع (قوله أحدها يمتد إلى ثلاثة أيام) أى وأصل الثلاثة قوله تعالى ـ فتمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ـ اه عميرة (قوله فما عده) أى العرف (قوله أو إفراط برد) ويختلف ذلك باختلاف أحوال الشفعاء فقديكون عذرا فى حق نحيف البدن مثلا دون غيره (قوله فليشهد) قال فى الروض : ولا يغنيه الإشهاد عن الرفع إلى القاضى اه ثم قالا : فإن غاب المشترى رفع الشفيع أمره إلى القاضى وإلا أخذ مع حضوره كنظيره فى الرد بالعيب اه سم على منهج . والضمير فى حضوره راجع إلى القاضى (قوله لم يسقط حقه) أى لاحتمال نسيان الشهود (قوله حينئذ)

(قوله فما عده العرف توانيا الخ) هذا هو الضابط (قوله بحيث تعدّ غيبته حائلة) انظر ما المراد بحيلولة الغيبة ، فإن كان المراد حيلولة الغيبة من حيث هى غيبة فكل غيبة كذلك وإن قصرت ، إذ لايتأتى معها طلب فى الحال ، وإن كان المراد حيلولتها باعتبار مانع قارنها فلاخصوصية للغيبة بذلك إذ الحاضر كذلك إذا منعه مانع فليتأمل (قوله نعم الغائب مخير الخ) انظر ماموقع هذا الاستدراك

فى نظيره من الرد بالعيب لأن الإشهاد ثم على المقصود وهو الفسخ وهنا على الطلب وهو وسيلة يغتفر فيها مالا يغتفر فى المقصود وإذا كان الفور بالعادة (فلو كان فى صلاة أو حمام أو طعام) أو قضاء حاجة (فله الإتمام) على العادة ولا يكلف الاقتصار على أقل مجزىء ، ولو دخل وقت هذه الأمور قبل شروعه فيها فله الشروع ، ولو نوى نفلا مطلقا فى اقتصاره على ركعة أو ركعتين وزيادته عليهما مامر فى المتيمم إذا رأى ماء فى صلاته على ما أشار إليه الأذرعى ، والأوجه أنه يغتفر له الزيادة مطلقا مالم يزد على العادة فى ذلك ، ويفرق بأن الأعذار هنا أوسع منها ثم كما يعلم بتأمل البابين ، وله التأخير ليلا حتى يصبح مالم يتمكن من الذهاب إليه ليلا من غير ضرر ، ولو أخر ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة وأنكر المشترى ، فإن علم به العارض الذى يدعيه صدق الشفيع وإلا فالمشترى ، ولو لقى الشفيع المشترى فى غير بلد الشقص فأخر الأخذ إلى العود إلى بلد الشقص بطلت شفعته لاستغناء الآخذ عن الحضور عند الشقص (ولو أخر الطلب) لها (وقال لم أصدق المخبر) ببيع الشريك الشقص (لم يعذر) جزما (إن أخبره عدلان) أو رجل وامرأتان بصفة العدالة لأنه كان من حقه أن يعتمد ذلك . نعم لو ادعى جهله بعدالتهما صدق فيما يظهر حيث أمكن خفاء ذلك عليه قاله ابن الرفعة ، ولو كانا عدلين عنده دون الحاكم عذر على ما قاله السبكى ، وهو الأوجه وإن نظر غيره فيه ، ولو أخبره مستوران عذر قاله ابن المقن بحثا ، والأوجه حمل كلام السبكى على ما إذا لم يقع فى قلبه صدقهما ويأتى نظيره فيما بعده ، ولا ينافى الأول قول المصنف لم يعذر إن أخبره عدلان إذ ماهنا فيما إذا قال إنهما غير عدلين عند الحاكم (وكذا ثقة فى الأصح) ولو أمة لأنه إخبار وخبر الثقة مقبول . والثانى يعذر لأن البيع لايثبت بواحد ولو عدلا إلا منضما إلى اليمين (ويعذر إن أخبره من لايقبل خبره) كصبى وفاسق لأنه معذور ، ومحله مالم يبلغ عدد التواتر وإلا بطل حقه ولو صبيانا وكفارا وفسقة لحصول العلم بهم حينئذ هذا كله فى الظاهر ، أما باطنا فالعبرة بمن يقع فى نفسه صدقه وكذبه ، ولو قال أخبرنى

حين السير (قوله فلو كان فى صلاة) ولو نفلا كما يعلم مما يأتى (قوله أو طعام) أى فى وقت حضور طعام أو تناوله (قوله والأوجه أنه يغتفر له الزيادة مطلقا) أى نوى قدرا أم لا (قوله مالم يزد على العادة) أى فلو لم يكن عادة اقتصر على ركعتين ، فإن زاد عليها بطل حقه (قوله لاستغناء الآخذ عن الحضور عند الشقص) أى مالم يحوج ذلك إلى رفع إلى حاكم يأخذ منه دراهم وإن قلت أو مشقة لاتحتمل فى مثل ذلك عادة (قوله دون الحاكم) أى لمخالفته مذهب الشفيع مثلا ، وينبغى أن مثل ذلك عكسه لعدم الثقة بقولهما ولا يقال : العبرة بمذهب الحاكم لأنا نقول : الرفع إلى الحاكم فرع عن ظن البيع أو تحققه ولم يوجد واحد منهما عنده (قوله على ما إذا لم يقع فى قلبه صدقهما) أورد عليه أنه بعد كونهما عدلين عنده كيف لايقع فى قلبه صدقهما . ويمكن الجواب بأن مجرد العدالة لايمنع من جواز الإخبار بخلاف الواقع غلطا أو نحوه ، وبفرض تعمد الإخبار بخلاف الواقع ، فذلك مجرد كذب والكذبة الواحدة كما تقدم للشارح لاتوجب فسقا فلا تنافى العدالة (قوله إذ ماهنا) أى قول السبكى وما هناك فيما إذا كانا عدلين عنده وعند غيره (قوله فالعبرة بمن يقع فى نفسه صدقه وكذبه) ظاهره أنه لو تردد فى ظاهر العدل

(قوله مالم يزد على العادة) انظر هل المراد بالعادة العرف كما قد يرشد إليه قوله فى ذلك : أى مايعده العرف توانيا وما لايعده كذلك ، أو المراد العادة فى الصلاة ؟ فإن كان الثانى فهل المراد عادته أو عادة من ؟ فإن كان المراد عادته فلينظر إذا لم تكن له عادة (قوله فلو كانا عدلين عنده الخ) يتأمل حاصل هذه السوادة (قوله لأنه معذور) فيه تعليل الشىء بنفسه

رجلان وليسا عدلين عندي وهما عدلان لم تبطل شفعته لأن قوله محتمل (ولو أخبره) الشفيع (بالبيع بألف) أو جنس أو نوع أو وصف أو أن المبيع قدره كذا ، أو أن البيع من فلان ، أو أن البائع اثنان أو واحد (فترك) الشفعة (فبان) بأقل كأن بان (بخمسمائة) أو بغير الجنس أو النوع أو الوصف أو القدر الذى أخبر به ، أو أن المبيع من غير فلان ، أو أن البائع أكثر أو أقل مما أخبر به (بقى حقه) لأنه إنما تركه لغرض بان خلافه ولم يتركه رغبة عنه (أو بان بأكثر) من ألف (بطل) حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى ، وكذا لو أخبر بمؤجل فعفا عنه فبان حالا لأن عفوه يدل على عدم رغبته لما مر أن له التأخير إلى الحلول . وحاصله أنه إن أخبر بما هو الأنفع له فترك الأخذ بطل حقه وإلا فلا (ولو لقى) الشفيع (المشترى فسلم عليه أو قال) له (بارك الله) لك (فى صفقتك) أو سأله عن الثمن (لم يبطل) حقه لأن السلام قبل الكلام سنة ولأن جاهل الثمن لابد له من معرفته ، وقد يريد العارف إقرار المشترى ولأنه يدعو بالبركة ليأخذ صفقة مباركة ، وكذا لو جمع بين السلام والدعاء كما اقتضاء كلام المحاملى فى التجريد ، فأو فى كلام المصنف بمعنى الواو (وفى الدعاء وجه) أنه يبطل به حق الشفعة لإشعاره بتقرير الشقص فى يده ، ومحل هذا الوجه كما قاله الأسنوى إذا زاد لفظة لك (ولو باع الشفيع حصته) كلها أو زال ملكه عنها بغير البيع كهبة (جاهلا بالشفعة فالأصح بطلانها) لزوال سببها وهو الشركة بخلاف بيع البعض . والثانى لا لأنه كان شريكا عند البيع ولم يرض بسقوط حقه ، وخرج بالجهل مالو علم فيبطل جزما وإن كان إنما باع بعض حصته كما لو عفا عن البعض ، وكذا لو باع بشرط الخيار حيث انتقل الملك عنه لأن ملكه العائد متأخر عن ملك المشترى ، ولا يصح الصلح عن الشفعة بمال كالرد بالعيب وتبطل شفعته إن علم بفساده ، فإن

فترك لم يسقط حقه من الشفعة ، وعبارة حج : وهذا فى غير العدل كله بحسب الظاهر اه . فأفهم أنه فى العدل لاعبرة بتردده (قوله وهما عدلان) أى والحال أنهما عدلان فى نفس الأمر (قوله وحاصله أنه أخبر بما هو الأنفع الخ) وينبغى أنهما لو اختلفا فى مسقط الشفعة بأن ادعاه المشترى ونفاه الشفيع صدق الشفيع لأن الأصل بقاء حقه (قوله فى صفقتك) يؤخذ منه أنه لو قال له هناك الله بهذه الصفقة سقط حقه ، ويوجه بأنه يشعر بالرضا ببقاء المبيع للمشترى (قوله لأن السلام قبل الكلام سنة) يؤخذ منه بطلان حقه إذا لم يسن السلام مر اه سم على حج . وهو واضح (قوله إذا زاد لفظة لك) أى فلو لم يزد لك لم يسقط حقه بلا خلاف . وعبارة عميرة : قال الأسنوى محل الخلاف فى الدعاء إذا خاطب به كأن يقول بارك الله لك ، وأما بارك الله فيه فلا يضر جزما كما أوضحته فى المهمات ، وهي تخالف ما اقتضاه كلام الشارح من أنه لو لم يزد لك لم يكن من محل الخلاف وإن خاطب (قوله جاهلا بالشفعة) أى وبالبيع أخذا من قوله لزوال سببها وهو الشركة (قوله بخلاف بيع البعض) قال فى شرح الروض : ولو زال البعض قهرا كأن مات الشفيع وعليه دين قبل الأخذ فبيع بعض حصته فى دينه جبرا على الوارث وبقى باقيها له فالذى يظهر كما قاله فى المطلب أن له الشفعة لانتفاء تخيل العفو منه اه سم على حج : أى فيأخذ الجميع . وقوله أن له : أى لوارث الشفيع . وقضيته قوله قهرا أنه لو زال ملكه اختيارا سقط حقه من الشفعة وبطلت الشفعة ، ومقتضى إطلاق الشارح خلافه (قوله وكذا لو باع بشرط الخيار) أى ولو جاهلا ببيع الشريك لما علل به الشارح (قوله حيث انتقل الملك عنه) أى بأن شرط الخيار للمشترى منه فقط اه سم على حج

(قوله أو واحد) لعل وجهه أنه إذا كان البائع أكثر من واحد تيسر أخذ حصته واحد منهم لما مر من تفريق الصفقة بتعدده ، وقد لا يجد عنده ما يأخذ به الجميع ، أو يكون له غرض فى عدم أخذ الجميع .

صالحه عنها فى الكل على أخذ البعض بطل الصلح لأن الشفعة لاتقابل بعوض ، وكذا الشفعة إن علم ببطلانه وإلا فلا كما جزم به فى الأنوار ، وللمفلس الأخذ بالشفعة والعفو عنها ، ولا يزاحم المشترى الغرماء بل يبقى ثمن مااشتراه فى ذمة الشفيع إلى أن يوسر فله الرجوع فى مشتراه إن جهل فلسه ، وللعامل فى القراض أخذها ، فإن لم يأخذها جاز للمالك أخذها ، وعفو الشفيع قبل البيع وشرط الخيار وضمان العهدة للمشترى لايسقط كل منهما شفعته ، وإن باع شريك الميت شفع الوارث لاولىّ الحمل لعدم تيقن وجوده ، فإن وجبت الشفعة للميت وورثها الحمل أخرت لانفصاله فليس لوليه الأخذ قبل الانفصال لذلك ، ولو توكل الشفيع فى بيع الشقص لم تبطل شفعته فى الأصح .

كتاب القراض

هو بكسر القاف لغة أهل الحجاز ، مشتق من القرض : وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح أو المقارضة وهى المساواة لتساويهما فى الربح ، أولأن المال من المالك والعمل من العامل ، ويسمى عند أهل العراق مضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم فى الربح ولما فيه غالبا من السفر وهو يسمى ضربا ، وقد جمع المصنف فى كلامه بين اللغتين . والأصل فيه الإجماع . وروى أبو نعيم وغيره « أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضى الله عنها قبل أن يتزوّجها بنحو شهرين وسنة ، وكان إذ ذاك ابن نحو خمس وعشرين سنة

(قوله فله الرجوع)أى للمشترى (قوله إن جهل فلسه) أى أو كونه شريكا أوأن له الشفعة حيث كان يخفى على مثله (قوله وللعامل فى القراض أخذها) أى الأخذ بالشفعة للحصة المبيعة (قوله وضمان العهدة) لعل وجهه أن ضمان العهدة إنما يحمل على رد الثمن لو خرج المبيع مستحقا وليس فيه تعرض لأخذ الشريك ولا لعدمه (قوله وإن باع شريك الميت) أى بأن وقع البيع بعد الموت كما يصرح به قوله فإن وجبت الشفعة للميت الخ(قوله فإن وجبت الشفعة للميت) أى بأن باع شريكه فى حياته ولم يتفق له الأخذ بالشفعة لعذر .

كتاب القراض

(قوله أو المقارضة) عطف على القرض : أى إن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة ، وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه الآتى لايسمى مقارضة بل قراضا ومضاربة ، وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما ، لكن كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمقارضة بمعنى ، ويمكن حمل كلام الشارح عليه بجعل أو فى كلامه بمعنى الواو (قوله لتساويهما فى الربح) أى فى أصله وإن تفاوتا فى مقداره (قوله والعمل من العامل) أى فاستويا فى أنّ من كل شيئا (قوله ويسمى) مقابل قوله لغة أهل الحجاز (قوله يضرب بسهم) أى يحاسب بسهم (قوله وقد جمع المصنف فى كلامه) أى قوله الآتى القراض والمضاربة (قوله والأصل فيه) أى فى جوازه (قوله بنحو شهرين وسنة) عبارة حج :

كتاب القراض

بمالها إلى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة وهو قبل النبوّة ، فلعل وجه الدلالة فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقررا له بعدها ، وهو قياس المساقاة بجامع العمل فى كل منهما ببعض ماله مع جهالة العوض ، ولهذا اتحدا فى أكثر الأحكام ومقتضى ذلك تقديمها عليه ، ولعل عكسهم لذلك إنما هو لأنه أشهر وأكثر ، وأيضا فهى شبيهة بالإجارة فى اللزوم والتأقيت فوسطت بينهما إشعارا بما فيها من الشبهين ، وهو رخصة لخروجه عن قياس الإجارات كما أنها كذلك لخروجها عن بيع مالم يخلق (القراض والمضاربة) أى موضوعهما الشرعى هو العقد المشتمل على توكيل المالك لآخر ، وعلى (أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما) فخرج بقيد الدفع مقارضته على منفعة كسكنى دار أوعلى دين عليه أو على غيره ، وقوله بع هذا وقارضتك على ثمنه واشتر شبكة واصطد بها فلا يصح . نعم البيع صحيح وله أجرة مثله والعمل إن عمل والصيد للعامل فى الأخيرة ، وعليه أجرة مثل الشبكة إن لم يملكها كالمغصوبة ، ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون له . وأركانه ستة : عاقدان ، وعمل ، وربح ، ومال ، وصيغة . وستعلم كلها بشروطها من كلامه (ويشترط لصحته كون المال دراهم أو) هى مانعة

وشيخنا الزيادى بنحو شهرين وسنة إذ ذاك نحو خمس وعشرين الخ وهى الصواب (قوله وأنفذت) أى أرسلت . وقد يرد عليه ماقالوه فى السير من أنها استأجرته بقلوصين . ويمكن الجواب بتعدد الواقعة أو أن من عبر بالاستئجار تسمح به فعبر به عن الهبة (قوله ميسرة) لم يذكر فى الصحابة فالظاهر هلاكه قبل المبعث ، قاله البرهان الحلبى فى حواشى الشفاء (قوله مقررا له) أى مبينا له (قوله وهو) أى القراض (قوله ومقتضى ذلك) أى كونه قياس المساقاة (قوله ولعل عكسهم) قد يوجه بأنها كالدليل لأنه مقيس عليها ، والدليل يذكر بعد المدلول فذكرها بعده كإقامة الدليل بعد ذكر المدلول اهـ سم على حج (قوله فهى) أى المساقاة (قوله شبيهة بالإجارة فى اللزوم) أى وللقراض فى جهالة العوض والعمل (قوله وهو) أى القراض (قوله رخصة) فإن قلت : الرخصة هى الحكم المتغير إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلى وجعل القراض رخصة يقتضى أنه كان أوّلا ممنوعا ثم تغير من المنع إلى الجواز وليس هو كذلك ، إذ مشروعيته على الجواز من أوّل الأمر . قلت : ليس المراد بالتغير فى التعريف التغير بالفعل بل أعم من أن يكون كذلك أو يكون تغيره باعتبار ماتقتضيه قواعد الشرع كما هنا . وقد أشار لذلك الشارح بقوله لخروجه عن قياس الخ (قوله كما أنها) أى المساقاة (قوله والمضاربة) عطف مساو (قوله وعلى أن يدفع إليه) لعل المراد أنه يطلق على كل منهما مستقلا وإلا فنى عبارته مسامحة ، إذ الدفع ليس من مسمى القراض ، أو يفسر قوله المشتمل بالمقتضى لتوكيل الخ ، وهذا أظهر لأنه المتبادر من عطف قوله وعلى أن يدفع الخ على قوله على توكيل ، ولعل فى التعبير بالعقد المشتمل على التوكيل دون التعبير بالتوكيل الإشارة إلى أنه ليس توكيلا محضا ، إذ يعتبر لصحة القراض القبول بخلاف التوكيل (قوله أو على دين عليه) أى على العامل ظاهره ولو عينه العامل فى المجلس ، وفى حج ما يخالفه كما سنذكره قريبا (قوله واشتر) أى وقوله واشتر الخ (قوله إن لم يملكها) أى بأن اشتراها فى ذمته لقصد نفسه وإن دفع دراهم المالك عن ثمنها بعد (قوله وعمل وربح) المراد من كون العمل والربح ركنين أنه لابدّ من ذكرهما ليوجد ماهية القراض ، فاندفع ما قيل الربح والعمل إنما يوجدان

(قوله فلعل وجه الدلالة فيه أنه الخ) وقد يقال أيضاً : إنه لم يثبت أنه صلى الله عليه وسلم ردّ عليها ما أخذه منها فى نظير ذلك (قوله ببعض ماله) عبارة التحفة : ببعض نمائه (قوله مقارضته على منفعة كسكنى دار) كأن

خلوّ لا جمع (دنانير خالصة) بإجماع الصحابة ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل ، والوثوق بالربح جوّز للحاجة فكان خاصا بما يروج غالبا وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء . ولو أبطله السلطان جاز عقده عليه كما بحثه ابن الرفعة وتنظير الأذرعى فيه بأنه قد يعزّ وجوده أو يخاف عزته عند المفاصلة يردّ بأن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به (فلا يجوز على تبر) وهو ذهب أو فضة لم يضرب سواء فى ذلك القراضة وغيرها وتسمية الفضة به تغليب (وحلىّ) وسبائك لاختلاف قيمها (ومغشوش) وإن راج وعلم قدر غشه وجاز التعامل به . نعم إن استهلك غشه جاز العقد عليه كما جزم به الجرجانى وقيل إن راج واقتضى كلامهما فى الشركة تصحيحه واختاره السبكى وغيره (وعروض) مثلية أومتقوّمة لما مر(و) كونه (معلوما) قدرا وجنسا وصفة فلا يجوز على نقدمجهول

بعد عقد القراض ، بل قد يقارض ولا يوجد عمل من العامل أو يعمل ولا يوجد ربح (قوله لا جمع) أى لامانعة جمع بحيث يمتنع أن يكون بعضه دراهم وبعضه دنانير (قوله لأنه ثمن الأشياء) أى الثمن الذى تشترى به الأشياء غالبا (قوله تيسر) أى وإن رخص بسبب إبطال السلطان له جداً (قوله وتسمية الفضة به) أى بالتبر لا ضرورة إلى حمل العبارة على ما يشمل الفضة حتى يحتاج إلى التغليب اهـ سم . أقول : لكن حمله على ذلك جعل حكم الفضة مستفادا بالمنطوق (قوله تغليب) أى فقوله أوّلا وهو ذهب أوفضة تفسير مراد لابيان للمعنى الموضوع له وهو الذهب (قوله ومغشوش) فإن قلت : لم يتقدم فى كلامه مايخرج به المغشوش فكان ينبغى أن يقول دنانير خالصة ليصح التفريع . قلت : أجاب سم فى الآيات البينات عن مثله بأن المذكور فى التفريع إذا لم يتقدم مايخرجه يعتبر فى المفرع عليه قيد محذوف ليخرج به ذلك المذكور فيكون المحذوف معلوما من المفرع ، قال : وهو كاف فى صحة التفريع ، وعليه فقول الشارح أولا خالصة إشارة إلى هذا . ويحتمل حمل الدراهم والدنانير على الخالصة بناء على أن الشىء إذا أطلق انصرف لفرده الكامل ، وعليه فلا حذف ، وقول الشارح حينئذ خالصة تصريح بما علم من الإطلاق (قوله نعم إن استهلك) أى بأن يكون بحيث لايتحصل منه شىء مر اهـ سم على منهج . أقول : مفهومه أنه إن تحصل منه شىء بالعرض على النار لم يصح وإن لم يتميز النحاس مثلا عن الفضة ، وعليه فالدراهم الموجودة بمصر الآن لايصح القراض عليها لأنه يتحصل من الغش قدر لو ميز بالنار وفيه نظر ، والذى ينبغى الصحة ويراد بالمستهلك عدم تميز النحاس عن الفضة مثلا فى رأى العين (قوله وقيل إن راج) أى وإن لم يستهلك لما مر عن الجرجانى (قوله فلا يجوز على نقد مجهول) أى قدرا أو جنسا أو صفة ، ومن ذلك ما عمت به البلوى من التعامل بالفضة المقصوصة فلا يصح القراض عليها لأن صفة القبض وإن علمت إلا أن مقدار القص مختلف فلا يمكن ضبط مثلها عند التفاضل ، حتى لو قارضه على قدر منها معلوم القدر وزنا فالظاهر عدم الصحة أيضا لأنه حين الرد وإن أحضر قدره وزنا لكن القرض يختلف بتفاوت القص قلة وكثرة ، وكتب أيضا قوله فلا يجوز على نقد مجهول ولعل الفرق بين هذا والشركة حيث صحت مع الجهل بالمالين حيث

قال له قارضتك على منفعة هذه الدار لتسكن فيها الغير ومهما حصل بيننا (قوله تغليب) أى والقرينة عليه ماقدمه فى المفرع عليه من ذكر الدراهم مع الدنانير ، وأما قول الشهاب ابن قاسم لاضرورة إلى حمل العبارة على مايشمل الفضة حتى يحتاج إلى التغليب انتهى ، فيقال عليه : ليس من شرط التغليب الضرورة ، بل يكفى فى إرادته قيام القرينة عليه والباعث عليه الاختصار . وهذا أولى مما فى حاشية الشيخ (قوله وقيل إن راج) هذا مقابل قوله

وإن أمكن علمه إحالا . ولو علم جنسه أو قدره أو صفته فى المجلس بجهالة الربح وبه فارق رأس مال السلم (معينا) فلا يجوز على إحدى الصرتين . نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا فى ذمته ثم عينها فى المجلس جاز كما صححه فى الشرح الصغير واقتضاه كلام الروضة كأصلها خلافا لجمع كالصرف والسلم ، ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال له قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر جاز وإن لم يتعين ألف القراض وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان فى التصرف فى الباقى ، ولو قارضه على ألفين على أن له من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما وإلا فلا ، وما فى الجواهر مما يوهم التناقض محمول على هذا التفصيل (وقيل يجوز على إحدى الصرّتين) بتشديد الراء كما وجد بخطه إن علم ما فيهما وتساويا جنسا وصفة وقدرا ، فيتصرف العامل فى أيهما شاء فيتعين للقراض . والأصح المنع لانتفاء التعيين كالبيع ، ومحل المنع مالم يعين أحدهما فى المجلس

كان يمكن علمهما بعد العقد أن المقصود من القراض الربح فاشترط العلم بقدر المال ليعلم العامل مايخصه من الربح . بخلاف الشركة فيكفى العلم بما يخص كلا منهما عند القسمة (قوله ولو علم جنسه) قد يقال : لاموقع للمبالغة فى هذا مع التعبير بألف لأن من لازمه السلم بالقدر . إلا أن يقال : المبالغة بقوله ولو الخ متعلقة أيضا بقوله فلا يجوز على نقد مجهول القدر فيكون قوله أو قدره باعتبار هذا اهـ سم على حج . لكن ليس لفظ الألف فى كلام الشارح فالمبالغة فيه ظاهرة . وفى سم على منهج بعد كلام مانصه : فقوله بخلاف مالو علم جنسه وقدره وصفته : أى علم الثلاثة فيه بأن جهل الثلاثة فى العقد ، أما لو جهل فى العقد القدر فقط ثم علمه فى المجلس فيصح كما تقدم عن شرح البهجة ، ومن ذلك يعلم أنه لايكفى العلم بالجنس والصفة فى المجلس دون العقد ؛ وظاهر الإطلاق أن أحدهما كذلك (قوله فى ذمته) أى المالك مفهومه أنها إذا كانت فى ذمة غير المالك لايجوز سواء عين فى المجلس وقبضه المالك أولا ، وفى كلام حج أنه إذا قارضه على دين فى ذمة العامل وعين وقبضه المالك صح أى فيرده للعامل بلا تجديد عقد ؛ وإن قارضه على دين فى ذمة أجنبى لم يصح ، وإن عين فى المجلس وقبضه المالك فيحتاج إلى تجديد عقد عليه بعد تعيينه وقبض المالك له ، وفرق بين العامل وغيره بأن مافى ذمة غير العامل معجوز عنه حال العقد ؛ بخلاف ما فى ذمة العامل فإنه قادر على تحصيله فصح العقد عليه (قوله ثم عينها فى المجلس) أى أو قال لمديونه ادفعها إليه ودفعها إليه فى المجلس اهـ سم على منهج . أقول : وكأن المالك قال للعامل قارضتك على ألف فى ذمتى ثم قال لمديونه ماذكر كما يدل عليه قوله قبل قال فى العباب وكونه معينا فى العقد أو مجلسه كأن قارضه على ألف ثم قال لمن عليه ألف ادفعه إليه ففعل فى المجلس (قوله ثم قال له) أى صاحب الألفين (قوله وإن لم يتعين) أى والحال أنه لم الخ (قوله وينفرد العامل) أى يجوز له الانفراد بالتصرف فيه . وليس المراد أن المالك يمتنع عليه التصرف فى حصة القراض بل يجوز له التصرف فى ألفين أحدهما حصة القراض والآخر حصته من المشترك ؛ ويدل لهذا قول الشارح فى الفصل الآتى بعد قول المصنف لكل فسخه أو باع ما اشتراه العامل للقراض لم يكن فسخا له لعدم دلالته عليه بل بيعه إعانة للعامل (قوله بالتصرف فيه) ولو مميزا (قوله على أن له) أى العامل (قوله إن عين كلا منهما) لعل وجه اشتراط التعيين أنه قد يشترى بكل من الألفين نوعا مغايرا للنوع الآخر ويختلف ربح النوعين . فعدم التمييز قد يؤدى إلى الجهل بما يخص كلا من الألفين (قوله والأصح المنع) بالنظر لما جرت به العادة فى مثل ذلك المال (قوله مالم يعين أحدهما) أى أحد القدرين وكان الأولى أن يقول إحداهما

وإن راج فهو قول فى أصل المغشوش وإن لم يستهلك (قوله فلا يجوز على إحدى الصرتين) أى ولا على ما فى الذمة ، وكان ينبغى للشيخ ذكره توطئة للاستدراك الذى ذكره (قوله فى ذمته) أى المالك كما يعلم من سوابق كلامه ولواحقه ، وهو مخالف فى هذا للشهاب ابن حجر . ومن ثم حذف من كلامه مايفيد رجوع الضمير إلى العامل

والأصح حيث علم مافيها ، ويفرق بين هذا وما مرّ فى العلم بنحو القدر فى المجلس بأن الإبهام هنا أخف لتعيين الصرتين . وإنما الإبهام فى المرادة منهما بخلافه فيما مر (و) كونه (مسلما إلى العامل) بحيث يستقل بيده عليه لا أن المراد تسلمه وقت العقد ولا فى المجلس ، بل أن لايشترط عدم تسلمه كما أفاده قوله (فلا يجوز) ولا يصح (شرط كون المال فى يد المالك) أوغيره لاحتمال أن لايجده عند الحاجة (و)لابد أيضا من استقلال العامل بالصرف فحينئذ (لا) يجوز شرط (عمله) أى المالك ومثله غيره (معه) لأنه ينافى مقتضاه من استقلال العامل بالعمل (ويجوز شرط عمل غلام المالك) أى مملوكه أو من يستحق منفعته كما بحثه الشيخ وهو ظاهر . نعم يشترط كونه معلوما بمشاهدة أو وصف (معه) سواء أكان الشارط العامل أم المالك ولم يجعل له يدا ولا تصرفا (على الصحيح) كالمساقاة لأنه من جملة ماله فجاز استتباع بقية المال لعمله والثانى لايجوز كشرط عمل السيد ، لأن يد عبده يده . وأجاب الأوّل بأن عبده وبهيمته ماله فجعل عملهما تبعا للمال . بخلاف المالك . أما لو شرط عليه الحجر للغلام أو كون بعض المال فى يده فسد جزما ؛ ولو شرط نفقته عليه جاز . والأوجه اشتراط تقديرها وكأن العامل استأجره بها . وقد اعتبر أبو حامد ذلك فى نظيره من عامل المساقاة ؛ ولا يقاس بالحج لخروجه عن القياس فكانت الحاجة داعية إلى التوسعة فى تحصيل تلك العبادة المشقة (ووظيفة العامل التجارة)وهى الاسترباح بالبيع والشراء دون الطحن والخبز ، إذ لايسمى فاعلها تاجرا بل محترفا (وتوابعها) مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه (كنشر الثياب وطيها) وذرعها وجعلها فى الوعاء ووزن الخفيف وقبض الثمن وحمله لقضاء العرف بذلك (فلو قارضه

(قوله حيث علم) أى جنسا وصفة وقدرا قبل العقد أخذا من قوله ويفرق الخ (قوله لتعيين الصرتين) أى عند المتعاقدين (قوله بحيث يستقل بيده) أى بوضع يده (قوله أو غيره) كداره وحانوته (قوله أى مملوكه) أى ولو بهيمة أخذا من قوله بعد لأن عبده الخ (قوله نعم يشترط كونه) أى المملوك (قوله لأنه من جملة ماله) عينا أو منفعة ليشمل أجيره والموصى له بمنفعته (قوله بأن عبده) مفهومه أنه لايجوز شرط عمل ولده الصغير أو أخيه مثلا (قوله أما لو شرط) محترز قوله ولم نجعل له يدا ولا تصرفا (قوله فى يده) أى الغلام (قوله ولو شرط نفقته) أى المملوك وخرج به الحر فلا يجوز فيه ذلك لأن نفقته على نفسه والعبد المستأجر أيضا (قوله والأوجه) خلافا لحج (قوله وقد اعتبر أبو حامد الخ) معتمد (قوله من عامل المساقاة) عبارة الشارح ثم بعد قول المتن يشترط تخصيص الثمن بهما : نعم لو شرط نفقة قن المالك على العامل جاز ، فإن قدرت فذاك وإلا حمل على الوسط المعتاد . وعليه فانظر الفرق بينهما . ولعله أن عقد القراض لما كان جائزا من الطرفين توسعوا فيه لإمكان المتضرر من الفسخ أىّ وقت ، بخلاف المساقاة (قوله ولا يقاس) أى القراض (قوله بالحج) أى حيث جوزوا الاستئجار فيه بالنفقة بلا تقدير لها .

[فرع] قارضه بمكة على أن يذهب إلى اليمن ليشترى من بضائعها ويبيعها هناك أو يردها إلى مكة ففى الصحة وجهان : الأكثرون على الفساد لأن النقل عمل مقصود وقد شرطه مع التجارة اهـ سم على حج . أقول : قد يقال ليس المشروط نقله بنفسه وإنما المقصود من مثل ذلك الاستئجار على نقله على ماجرت عليه العادة ، وهو حينئذ من أعمال التجارة فينبغى الصحة . ويؤيده ماذكره الشارح من جواز استئجار من يطحن الحنطة الخ (قوله ووزن الخفيف) أى فإن استأجر على فعل ذلك كانت الأجرة عليه كما يأتى للشارح فى الفصل الآتى بعد قول المصنف وما

فى عدة مواضع كما يعلم بمقابلة كلامه مع كلامه فليراجع وليحرر (قوله حيث علم مافيها) انظر ما الحاجة إلى هذا القيد مع أنه من صورة المسئلة (قوله دون الطحن والخبز) أى ونحوهما ؛ ولعله ساقط من النسخ بدليل تأنيث

ليشترى حنطة فيطحن ويخبز أو غزلا) مثلا (ينسجه ويبيعه) أى كلا منهما (فسد القراض) لأنه شرع رخصة للحاجة وهذه مضبوطة بتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة . ولو اشتراها وطحنها من غير شرط لم ينفسخ القراض فيها . ثم إن طحن من غير إذن لم يستحق أجرة له . ولو استأجر عليه لزمته الأجرة وصار ضامنا ، ويغرم أرش مانقص بالطحن . فإن باعه لم يضمن الثمن لعدم التعدى فيه . وإن ربح فهو بينهما عملا بالشرط ، ولو شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط ، قال فى المطلب : فالذى يظهر الجواز . ونظر فيه الأذرعى بأن الربح لم ينشأ عن تصرف العامل وهذا أوجه ، ولو قارضه على أن يشترى الحنطة ويخزنها مدة فإذا ارتفع سعرها باعها لم يصح قاله القاضى الحسين . لأن الربح غير حاصل من جهة التصرف . وفى البحر نحوه وهو ظاهر . بل لو قال على أن تشترى حنطة وتبيعها فى الحال لم يصح (ولايجوز أن يشترط عليه شراء) بالمد بخطه (متاع معين) كهذه الحنطة أو هذا العبد (أو) شراء (نوع يندر وجوده) كالياقوت الأحمر والخيل البلق (أو معاملة شخص) بعينه كالبيع من زيد والشراء منه لإخلاله بالمقصود بسبب التضييق . والأوجه فى الأشخاص المعينين أنهم إن كانوا بحيث تقضى العادة بالربح معهم لم يضر ، وإلا ضر . وفى الحاوى : يضر تعيين حانوت كعرض معين لاسوق كنوع عام . ولا يضر تعيين غير نادر لم يدم كفاكهة رطبة ، ولو نهاه عن هذه الأمور صح لتمكنه من شراء غيرها ومعاملة غير من نهاه عنه ، ولو قارضه على أن يصارف مع الصيارفة فهل يتعينون عملا بالشرط فتفسد المصارفة مع غيرهم أولا لأن المقصود بذلك أن يكون تصرفا لامع قوم بأعيانهم ؟ وجهان أوجههما ثانيهما . ولا يشترط تعيين مايتصرف فيه بخلاف الوكالة ، والفرق أن للعامل حظا يحمله على بذل المجهود بخلاف الوكيل . وعليه الامتثال لما عينه إن عين كما فى سائر التصرفات المستفادة بالإذن . فالإذن فى البز يتناول مايلبس من المنسوج لا الأكسية ونحوها كالبسط عملا بالعرف (ولا يشترط بيان) نوع هنا لما مر ولا بيان (مدة القراض) إذ ليس للربح زمن معلوم وبه فارق وجوب تعيينها

لايلزمه له الاستئجار عليه (قوله فسد القراض) ولوشرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض فالظاهر الجواز قاله فى المطلب اه سم على منهج . وسيأتى مافيه فى كلام الشارح (قوله ولو اشتراها) أى العامل (قوله وصار ضامنا) راجع لكل من قوله ولو اشتراها الخ وقوله ولو استأجر عليه الخ ، ثم رأيت سم على منهج صرح برجوعه لهما (قوله وهذا) أى التنظير أوجه : أى فلا يجوز على أن يشترى حنطة ويبيعها فى الحال (قوله لم يصح) أى لتضييقه عليه بطلب الفورية فى الشراء والبيع . وعليه فلو حذف قوله فى الحال كان قراضا صحيحا (قوله بالمد بخطه) أى فالقصر وإن كان جائزا لكن ينبغى الاقتصار على ما أثبته المصنف.(قوله أو معاملة شخص بعينه) ظاهره وإن جرت العادة بحصول الربح بمعاملته ، وعليه فلعل الفرق بينه وبين الأشخاص المعينين سهولة المعاملة مع الأشخاص أكثر منها مع الواحد لاحتمال قيام مانع به تفوت المعاملة معه (قوله صح) أى القراض (قوله مع الصيارفة) أى على الوجه الجائز (قوله يتناول مايلبس) أى من أى نوع كان (قوله ولا يشترط بيان نوع الخ) وعبارة حج هنا بعد قول المصنف بيان نوع هنا : وفارق مامر فى الوكيل بأن للعامل حظا يحمله على

الضمير فى فاعلها (قوله ولو شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك) أى فى صورة المتن فهو استدراك عليه (قوله ونظر فيه الأذرعى بأن الربح الخ) صوابه إن كان الربح الخ ليوافق مافى الأذرعى (قوله لم يصح قاله القاضى الحسين) قال الشهاب بن قاسم : وظاهر أنه لو قارضه ولم يشترط عليه ما ذكره القاضى فاشترى هو وآخر باختياره إلى ارتفاع السعر لم يضر (قوله بل لو قال على أن تشترى حنطة الخ) نقل الشهاب بن قاسم عن الشارح أنه قرر أنه يتجه أن سبب عدم الصحة تقييد بالحال فقد لايحصل الربح ، فإن أطلق اتجه الصحة ، إذ غاية الأمر أنه قيد إذنه بنوع خاص وذلك لايضر (قوله نوع هنا) أى بخلاف الوكيل كما مر

فى المساقاة ، ولو قال قارضتك ماشئت أو شئت جاز كما هو شأن العقد الجائز أو علقه على شرط كإذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، أو علق تصرفه كقارضتك الآن ولا تتصرف إلى انقضاء الشهر ، أو دفع له مالا وقال إذا متّ فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لم يصح ؛ ولا يجوز له التصرف بعد موته لأنه تعليق ولبطلان القراض بموته لو صح (فلو ذكر) له (مدة) على جهة تأقيته بها كسنة فسد مطلقا سواء أسكت أم منعه التصرف بعدها أم البيع أم الشراء إذ تلك المدة قد لايروج فيها شيء . وإن ذكرها لا على وجه التأقيت (ومنعه التصرف بعدها) كقارضتك على كذا ولا تتصرف بعد سنة (فسد) لأنه قد لايجد فيها راغبا فى شراء ما عنده من العرض (وإن منعه الشراء بعدها) دون البيع (فلا) يفسد (فى الأصح) لحصول الاسترباح بالبيع الذى له فعله بعد المدة . ويؤخذ من تمثيل التنبيه بشهر أن تكون المدة يتأتى فيها الشراء لغرض الربح ، بخلاف نحو ساعة ، ولو كانت المدة مجهولة كمدة إقامة العسكر لم يصح فى أوجه الوجهين . وعلم مما قررناه أن ذكر المدة ابتداء تأقيت مضر إن منعه بعدها متراخيا عنها ، بخلاف مالو قال قارضتك سنة وذكر منع الشراء متصلا لضعف التأقيت حينئذ ، وبهذا يجمع بين كلامى الشيخ فى شرحى المنهج والروض ومراد المصنف بمنع الشراء بعدها : أى دون البيع أنه لم يمنعه منه بأن قال ولك البيع بعدها ، أو سكت عنه كما اقتضاه كلامه واختاره فى المطلب فى الثانية وإن اقتضى كلام الروضة كأصلها فيها الفساد (ويشترط اختصاصهما بالربح) فيمتنع شرط بعضه لثالث مالم يشرط عليه العمل معه فيكون قراضا بين اثنين ، نعم شرطه لقنّ أحدهما كشرطه لسيده (واشتراكهما فيه) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله ، فلو شرط اختصاص أحدهما به لم يصح ، والقول بأنه لاحاجة لهذا لأنه يلزم من اختصاصهما به

بذل الجهد بخلاف الوكيل (قوله بالبيع والشراء قراضا) مجرد تصوير ، وإلا فلو حذفه كان فاسدا أيضا (قوله ولا يجوز له التصرف بعد موته) أما تصرفه بعد وجود المعلق عليه فى الصورتين اللتين قبل هذه فقياس ما مر فى الوكالة من أنه إذا بطل خصوصها تصرف بعموم الإذن صحة التصرف هنا أيضا لأن القراض نوع من الوكالة ، بل قياس مامر فيها صحة القراض فى الصورة الثانية لما مر من أنه لو نجز الوكالة وعلق التصرف لم يمتنع ، لكن فرق حج بينهما بأن تأخير التصرف مناف لغرض الربح بخلاف الوكالة (قوله أم الشراء) سيأتى له مايعلم منه أن محل الفساد فيها لو منعه الشراء بعد ذكر السنة إن منعه متراخيا ، بخلاف مالو منعه متصلا فلا يفسد (قوله وعلم مما قررناه) من قوله وإن ذكرها لاعلى وجه التأقيت ، لكن قد يتوقف فى علم ماذكره من التفصيل من ذلك (قوله بخلاف مالو قال قارضتك) صريح هذه الصحة فيما لو قال قارضتك ولا تتصرف بعد شهر والمفهوم من كلام شيخنا الزيادى الجزم بالبطلان وهو واضح ، لأن منع التصرف فيه تضييق لجواز أن لايتيسر له بيع ما اشتراه فى الشهر فيتعطل بعده .

(قوله كسنة) بأن قال قارضتك سنة كما يعلم مما يأتى (قوله أم الشراء) محله كما يعلم مما سيأتى إن وقع المنع متراخيا (قوله وعلم مما قررناه) لم يعلم هذا مما قرره بل علم منه خلافه وهو أن ذكر المدة على وجه التأقيت مضرّ مطلقا وأن التفصيل إنما هو فيما إذا ذكرها لاعلى وجه التأقيت (قوله إن منعه بعدها متراخيا) أى أو سكت (قوله متراخيا) لعله بأن فصله عن الكلام بما فوق سكتة التنفس والعىّ كما قد يرشد إليه مقابلته بمتصلا فليراجع (قوله وبهذا يجمع بين كلامى الشيخ فى شرح المنهج والروض) أى على مافى بعض نسخ شرح الروض ، وفى بعضها مايوافق ما فى شرح

مردود بمنع اللزوم لاحتمال أن يراد باختصاصهما به أن لايخرج عنهما ، وإن استأثر به أحدهما فتعين ذكر الاشتراك لزوال ذلك الإبهام (فلو قال : قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد) لمخالفته مقتضى العقد وله أجرة المثل لأنه عمل طامعا ، وسواء فى ذلك أكان عالما بالفساد أم لا ، لأنه حينئذ طامع فيما أوجبه له الشرع من الأجرة خلافا لبعض المتأخرين (وقيل قراض صحيح) نظرا للمعنى (وإن قال) المالك (كله لى فقراض فاسد) لما مر ولا أجرة له وإن ظن وجوبها (وقيل) هو (إبضاع) أى توكيل بلاجعل والبضاعة المال المبعوث ،ويجرى الخلاف فيما لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لك أوكله لك هل يكون قراضا فاسدا أو إبضاعا ،ولوقال خذه وتصرف فيه والربح كله لك فقرض صحيح أو كله لى فإبضاع ،وفارقت هذه مامرّ قبلها بأن اللفظ فيها صريح فى عقد آخر ، ولو اقتصر على قوله أبضعتك فهو بمثابة تصرف والربح كله لى فيكون إبضاعا كما اقتضاه كلامهم . قال فى المطلب : وكلام الفورانى وغيره يدل عليه ، ولو دفع إليه دراهم وقال اتجر فيها لنفسك كان هبة لا قرضا فى أصح الوجهين ، والفرق بينه وبين مامرّ فى الوكالة من أنه لو قال اشتر لى عبد فلان بكذا ففعل ملكه الآمر

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما يقع كثيرا من شرط جزء للمالك وجزء للعامل وجزء للمال أو الدابة التى يدفعها المالك للعامل ليحمل عليها مال القراض مثلا هل هو صحيح أم باطل ؟ والجواب عنه أن الظاهر الصحة ، وكأن المالك شرط لنفسه جزءين وللعامل جزءا وهو صحيح (قوله وإن استأثر) أى استقل (قوله وله أجرة المثل) أى للعامل (قوله خلافا لبعض المتأخرين) أى حج تبعا للشيخ فى شرح منهجه (قوله والبضاعة) أى فتفسير الإبضاع بالتوكيل تفسير مراد ، وإلا فمعنى أبضعه دفع له بضاعة : أى مالا مبعوثا (قوله أو إبضاعا) يتأمل وجه كونه إبضاعا مع جعل نصف الربح له فى الأولى وكله فى الثانية مع كون الإبضاع هو التوكيل بلا جعل ، وقياس مامر أن يقال : ويجرى الخلاف فيما لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لك هل هو قراض فاسد أو قرض وفيما لو قال أبضعتك على أن الربح كله لى هل قراض صحيح أو إبضاع (قوله فقرض صحيح) أى فالربح كله للعامل ، وإن تلف فى يده كان من ضمانه وعليه ردّ مثل ماقبضه من المالك له (قوله فإبضاع) أى توكيل بلا جعل فيصح تصرف العامل وكل الربح للمالك (قوله كان هبة) أى للدراهم لاقرضا ، انظر ما الفرق بين هذه وبين مالو قال خذه وتصرف فيه الخ ، وقد يقال التنصيص فى الأولى على تخصيص العامل بالربح قرينة على عدم الهبة ، بخلافه فى الثانية فإن المتبادر من اتجر فيه لنفسك الهبة ، هذا وقد نقل سم فى حاشية المنهج عن الشارح أنه اعتمد فى تلك

المنهج فلا مخالفة (قوله وسواء فى ذلك أكان عالما بالفساد) أى وإن ظن أن لا أجرة له كما يعلم مما سيأتى فى الفصل الآتى (قوله والبضاعة المال المبعوث) فى التحفة قبل هذا مانصه : الإبضاع بعث المال مع من يتجر له به تبرعا ، ثم قال : والبضاعة المال المبعوث ، ولعل مافى التحفة سقط من نسخ الشارح من الكتبة ، وإلا فقوله والبضاعة الخ مرتب عليه كما لايخفى (قوله وفارقت هذه) يعنى خذه وتصرف فيه والربح كله لك ، وقوله مامرّ قبلها : يعنى مافى المتن ، وما أعقبه به ، وقوله بأن اللفظ فيها : يعنى فيما قبلها فالضمير فى فيها يرجع إلى معنى ما : أى الصورة المذكورة قبلها كما يعلم من شرح الروض كالروضة وكان الأوضح تذكير ضمير فيها (قوله وبين مامر فى الوكالة) أى حيث لم يجعل دفع الثمن هبة ، وكأن الفرق أنه هنا دفع المال له نفسه بصيغة تشعر بالتمليك بخلافه ثم

ورجع عليه المأمور ببدل مادفعه واضح ، ولو قال خذ المال قراضا بالنصف مثلا صح فى أحد وجهين رجحه الأسنوى أخذا من كلام الرافعى ، وعليه لو قال ربّ المال إن النصف لى فيكون فاسدا وادعى العامل العكس صدق العامل لأن الظاهر معه (وكونه معلوما بالجزئية) كنصف أو ثلث (فلو قال) قارضتك (على أن لك) أو لى (فيه شركة أو نصيبا) أو جزء أو شيئا من الربح ، أو على أن يخصنى دابة تشترى من رأس المال ، أو تخصنى بركوبها أو بربح أحد الألفين مثلا ولو مخلوطين ، أو على أنك إن ربحت ألفا فلك نصفه أو ألفين فلك ربعه (فسد) القراض فى جميعها للجهل بقدر الربح فى الأربعة الأول وتعيينها فى الأخيرة ، ولأن الدابة فى صورتّها الثانية قد تنقص بالاستعمال ويتعذر عليه التصرف فيها ، ولأنه خصص العامل فى التى تليها وفى صورتّها الأولى بربح بعض المال (أو) على أن الربح (بيننا فالأصح الصحة ويكون نصفين) كما لوقال هذا بينى وبين فلان لأن المتبادر منه حينئذ المناصفة . والثانى لايصح لاحتمال اللفظ غير المناصفة فلا يكون الجزء معلوما كما لو قال بعتك بألف دراهم ودنانير ، ولو قال قارضتك على أن الربح بيننا أثلاثا لم يصح كما فى الأنوار للجهل بمن له الثلث ومن له الثلثان ، أو قارضتك كقراض فلان صح إن علما قدر المشروط وإلا فلا ، أو قارضتك ولك ربع سدس العشر صح وإن لم يعلم قدرها عند العقد لسهولة معرفته كما لو باعه مرابحة وجهلا حسابه حال العقد (ولو قال لى النصف) مثلا وسكت عما للعامل (فسد فى الأصح) لانصراف الربح للمالك أصالة لأنه نماء ماله دون العامل فصار كله مختصا بالمالك ، والثانى يصح ويكون النصف الآخر للعامل (وإنْ قال لك النصف) وسكت عن جانبه (صح عن الصحيح) لانصراف مالم يشرط للمالك بحكم الأصل المذكور وإسناد كل ماذكر للمالك مثال ، فلو صدر من العامل شرط مشتمل على شىء مما ذكر فكذلك كما لايخفى ، والثانى لايصح كالتى قبلها (ولو) علم لكن لابالجزئية كأن (شرط لأحدهما عشرة) بفتح العين والشين والباقى للآخر أو بينهما كما فى المحرر (أو ربح صنف) كالرقيق (فسد) القراض لانتفاء العلم بالجزئية ، ولأن الربح قد ينحصر فيما قدّره أو فى ذلك الصنف فيؤدى لاستقلال أحدهما بالربح ، وهو خلاف وضع الباب .

أنه هبة فتكون المسئلتان مستويتين (قوله واضح) وهو أن اشتر لى عبد فلان يستدعى لزوم الثمن لذمة الآمر فدفع الوكيل عنه قضاء لدين الغير بإذنه وهو يقتضى الرجوع ، بخلاف اتجر فيها لنفسك فإنه إذن فى التصرف فى المال للمأمور من غير قرينة تدل على رجوع بدله للآمر (قوله صح فى أحد وجهين) أى ويكون الربح مناصفة بينهما (قوله شركة أو نصيبا) ومثل ذلك مالوقال مشاطرة فلا يصح (قوله فى الأربعة الأول)هى قوله شركة أونصيبا أو جزءا أو شيئا من الربح (قوله وتعيينها فى الأخيرة) هى قوله أو على أنك إن ربحت ألفا فلك نصفه الخ (قوله وفى صورتّها) أى الدابة (قوله صح إن علما) أى عند العقد (قوله وإن لم يعلم قدرها) أى الحصة (قوله فصار كله مختصا) يحتمل أن تجب الأجرة هنا على التفصيل السابق إذ ليس فى الصيغة تصريح بنفيه عن العامل اهـ سم على حج .

(قوله بالنصف مثلا صح) أى ويكون المشروط للعامل كما فى الأنوار (قوله وعليه لو قال ربّ المال إن النصف لى) أى النصف الذى وقع النص عليه (قوله وتعيينها) يعنى الجزئية (قوله ولأنه خصص العامل فى التى تليها وفى صورتّها الأولى بربح بعض المال) أى حيث خصص نفسه من المال بالدابة أو بربح أحد الألفين ، فيلزم أن لايكون للعامل إلا ربح ماعدا ذلك .

(فصل)

فى بيان الصيغة ، وما يشترط فى العاقدين ، وذكر أحكام القراض

(يشترط) لصحة القرض أيضا (إيجاب) كقارضتك وعاملتك وضاربتك وخذ هذه الدراهم واتجر فيها أوبع واشتر على أن الربح بيننا ، فلواقتصر على بع واشتر فسد (وقبول) بلفظ متصل بالإيجاب كنظيره فى البيع ، ومراده بالشرط مالا بد منه فيشمل الركن كما هنا (وقيل يكفى القبول بالفعل) كما فى الوكالة والجعالة . ورد بأنه عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبههما ، وإطلاق المصنف هذا الوجه شامل لما إذا كان بصيغة الأمر كخذ هذا الألف مثلا واتجر فيه على أن الربح بيننا أو بغير هذه الصيغة كقارضتك وضاربتك ، وحمل الشارح كأكثر الشراح ذلك على الحالة الأولى . قال الغزى . ولك أن تقول هذه طريقة تقدمت فى الوكالة أنه يشترط القبول فى صيغ العقود دون صيغ الأمر ، وحينئذ فإطلاق الكتاب الوجه صحيح لأن هذا العقد وكالة فى الابتداء قطعا ولنا وجه فى الوكالة أنه يكفى القبول بالفعل مطلقا (وشرطهما) أى المالك والعامل (كوكيل وموكل) لأن المالك كالموكل والعامل كالوكيل ، فلوكان أحدهم محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة ولم يأذن السيد فى ذلك أو العامل أعمى لم يصح ، ويجوز لولى صبى أو مجنون أو سفيه أن يقارض من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه ،

(فصل) فى بيان الصيغة

(قوله وذكر أحكام القراض) أى شيء من أحكامه وإلا فما مر ويأتى بعده من أحكامه أيضا . ولعل حكمة تأخير الصيغة أن ماعداها كأنه مقدمة عليها ، وأن مقارضة المالك لاثنين فأكثر ومقارضة العامل آخر لافتقارها للصيغة كأنها من جزئياتها فطال الكلام عليها فأخرها لذلك وترجم لها بالفصل لأنها باعتبار ما اشتملت عليه من الأحكام الآتية زائدة على الأركان متعلقة بها (قوله على أن الربح بيننا) راجع لجميع ماقبله (قوله فسد) لعل المراد أنه إذا أريد القراض حتى لوأطلق كان توكيلا صحيحا اهـ سم على حج ، وقوله توكيلا صحيحا : أى بلا جعل فلا يستحق العامل فيه شيئا ، وعبارة حج : فإن اقتصر على بع أو اشتر فسد ولا شيء له لأنه لم يذكر له مطمعا اهـ . ومنه يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا طلب من آخر دراهم ليتجر فيها فأحضر له ذلك ودفعه له وقال اتجر فيها ولم يزد على ذلك ، وهو أنه لاشيء للعامل فى هذه الصورة لما علل به حج (قوله يختص بمعين فلا يشبههما) أى لأن الوكالة لامعاوضة فيها والجعالة لاتختص بمعين بل قد يكون العامل غير معين كمن رد عبدى فله كذا (قوله قال الغزى الخ) مراده به صاحب ميدان الفرسان وليس هو ابن قاسم شارح المنهاج (قوله أو العامل أعمى) أى أما لوكان المالك أعمى فيجوز ، لكن ينبغى أن لاتجوز مقارضته على معين كما يمتنع

(فصل) فى بيان الصيغة

(قوله على أن الربح بيننا) راجع للجميع كما هو ظاهر (قوله فلو اقتصر على بع واشتر فسد) أى ولا شيء له كما فى التحفة ، وهذا حكمة النص على هذه دون ماقبلها ، وإلا فالفساد قدر مشترك بين الجميع حيث لم يقل والربح بيننا فكان على الشارح أن يذكره ، وقضية مافى التحفة استحقاق العامل فى مسئلة اتجر فيها إذا لم يقل والربح بيننا وانظر ما وجهه (قوله ومراده بالشرط) أى هنا وفيما يأتى حتى يتأتى التعبير بيشمل ، وإلا فالمراد هنا

وله أن يشترط له أكثر من أجرة المثل إن لم يجد كافيا غيره ، ومحل ماتقرر أن لا يتضمن العقد الإذن فى السفر وإلا فالمتجه فى المطلب أنه كإرادته السفر بنفسه ، أما المحجور عليه بفلس فلا يصح أن يقارض ويجوز أن يكون عاملا ويصح من المريض ، ولا يحسب مازاد على أجرة المثل من الثلث لأن المحسوب منه مايفوته من ماله . والربح ليس بحاصل حتى يفوته وإنما هو شىء يتوقع حصوله . وإذا حصل كان بتصرف العامل ، بخلاف مساقاته فإنه يحسب فيها ذلك من الثلث لأن الثمار فيها من عين المال بخلافه (ولو قارض العامل) شخصا (آخر بإذن المالك ليشاركه) ذلك الآخر (فى العمل والربح لم يجز فى الأصح) لأن القراض على خلاف القياس . وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لاعمل له والآخر عاملا ولو متعددا لاملك له فلا يعدل إلى أن يعقد عاملان . ومحل المنع بالنسبة للثانى أما الأول فالقراض باق فى حقه ، فإن تصرف الثانى فله أجرة المثل والربح كله للمالك . ولا شىء للعامل الأول حيث لم يعمل شيئا . والثانى يجوز ، كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين فى الابتداء ، ورد بما مر. وخرج بيشاركه ما إذا أذن له فى ذلك لينسلخ من القراض ويكون وكيلا فيه فيصح ، ومحله كما قاله ابن الرفعة إذا كان المال مما يجوز عليه القراض لأنه ابتداء قراض ، فلو وقع بعد تصرفه وصيرورة المال عرضا لم يجز قال الماوردى ولا يجوز عند عدم التعيين أن يقارض إلا أمينا ، والأشبه فى المطلب انعزاله بمجرد الإذن له فى ذلك إن ابتدأه المالك به لا إن أجاب به سؤاله فيه . قال الأذرعى : وهذا فيما إذا أمره أمرا جازما . لا كما صوره الدارمى إن رأيت أن تقارض غيرك فافعل (وبغير إذنه فاسد) مطلقا سواء أقصد المشاركة فى عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الانسلاخ لانتفاء إذن المالك فيه وائتمانه على المال غيره ، كما لو أراد الوصى أن ينزل وصيا منزلته فى حياته

بيعه المعين ، وأن لايجوز إقباضه المعين فلا بد من توكيله فراجعه اه سم على منهج . أقول : قد يقال فيه نظر إذ القراض توكيل ، وهو لايمتنع فى المعين كقوله لوكيله بع هذا الثوب وتقدم فى الشركة للمحشى على حج مايوافق هذا النظر ، إلا أن يقال : ماهنا ليس توكيلا محضا بدليل اشتراط القبول هنا لفظا (قوله وله أن يشترط له الخ) لعل المراد أنه يشترط جزءا من الربح تقضى العادة بحصول مثله وهو يزيد فى الواقع على أجرة المثل ، وإلا فشرط قدر معلوم كعشرة يفسد مطلقا (قوله أنه كإرادته السفر بنفسه) وسيأتى أنه يجوز له السفر لإذن لكن لايركب البحر إلا إذا تعين طريقا أو نص عليه ، وعليه كما يأتى أيضا حيث عرض الإذن فى السفر بعد العقد ، أما لو قارضه ليجلب من بلدة إلى أخرى لم يصح لأنه عمل زائد على التجارة (قوله فإنه يحسب فيها ذلك) أى مازاد على أجرة المثل (قوله فالقراض باق فى حقه) أى ولا يكون إذن المالك له عزلا (قوله فله أجرة المثل) أى على المالك (قوله حيث لم يعمل شيئا) أى أما لو عمل فهل يكون الربح كله للمالك أو لهما بحسب ماشرطاه أو للعامل من الربح بقدر عمله ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله لينسلخ) أى ليخرج منه (قوله ويكون وكيلا) فيه أى فى إقراضه للثانى (قوله والأشبه الخ) معتمد (قوله بمجرد الإذن له فى ذلك) ولا يخالف هذا مامر فى قوله أما الأول فلأن ماتقدم لما كان المأذون فيه غير صحيح جعل كالعدم (قوله إلا إن أجاب) أى المالك ، فإن أجاب سؤاله لم ينعزل

خصوص الركن (قوله حيث لم يعمل شيئا) قيد فى قوله والربح كله للمالك وفى قوله ولا شىء للعامل ، أما لو عمل فظاهر أنه يستحق المشروط إذ الصورة أن القراض باق فى حقه ، واستقرب الشيخ هذا فى حاشيته من ثلاث احتمالات له (قوله لا إن أجاب به سؤاله) أى فلا ينعزل بمجرد الإذن ، وفى بعض الهوامش أن ينعزل بالعقد

يقيمه فى كل ماهو منوط به فإنه لايجوز كما قاله الإمام . قال السبكى : ولو أراد ناظر وقف شرط له الناظر إقامة غيره مقامه وإخراج نفسه من ذلك كما مر فى الوصى . قال : ولقد وقعت لى هذه المسئلة فى الفتاوى ولم أتردد فى أن ذلك ممنوع (فإن تصرف) العامل (الثانى) بغير إذن المالك (فتصرف غاصب) فيضمن ماتصرف فيه لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل (فإن اشترى) للأول (فى الذمة) ونقد الثمن من مال القراض وربح (وقلنا بالجديد) المقرر فى المذهب المعلوم لمن له أدنى إلمام به وهو أن الربح للغاصب إذا اشترى فى الذمة ونقد من المغصوب لصحة شرائه وإنما الفاسد تسليمه فيضمن ماسلمه ، وبما تقرر اندفع ماقيل لم يتقدم لهذا الجديد ذكر فلا تحسن الإحالة عليه (فالربح) هنا كله (للعامل الأول فى الأصح) لأن الثانى تصرف بإذنه فأشبه الوكيل (وعليه للثانى أجرته) هو من زيادته من غير تمييز لأنه لم يعمل مجانا (وقيل هو للثانى) جميعه لأنه لم يتصرف بإذن المالك فأشبه الغاصب . واختاره السبكى . أما لو اشترى فى الذمة لنفسه فيقع لنفسه (وإن اشترى بغير مال القراض فباطل) شراؤه لأنه شراء فضولى (ويجوز أن يقارض) المالك (الواحد اثنين متفاضلا) حظهما من الربح ويجب تعيين أكثرهما (ومتساويا) لأن عقده معهما كعقدين ، وإن شرط على كل منهما مراجعة الآخر لم يضر كما رجحه جمع . خلافا لما أطال به البلقينى لأنهما بمنزلة عامل واحد فهو غير مناف لما مرّ من اشتراط استقلال العامل . وقولهم لو شرط عليه مشرفا لم يصح (و) يجوز أن يقارض (الاثنان واحدا) لأنه كعقدين ويشترط فيما إذا تفاوتا

إلا بمقارضة غيره . وقوله سؤاله : أى العامل . وقوله وهذا : أى انعزاله بمجرد الإذن (قوله ولو أراد ناظر وقف شرط له) ومنه الأرشد فى الوقف الأهلى المشروط فيه النظر لأرشد كل طبقة عليها ، فلا يجوز له إخراج نفسه وإقامة غيره مقامه . ولو فعل ذلك لاينفذ وحقه باق (قوله وإخراج نفسه) أى أما لو أقامه مقامه فى أمور خاصة كالتصرف فى عمارة أو نحوها مع بقاء المقيم على استحقاقه لم يمتنع ، لكن مرّ فى الوكالة أن الوصىّ والقيم لايوكل كل منهما إلا فيما يعجز عنه أو لم تلق به مباشرته . وعليه فلا يجوز للوصىّ إقامة غيره فى الأمور الخاصة إلا عند العجز وعدم اللياقة . ويأتى مثله فى الناظر ، ثم قضية ماذكر أن الناظر لايجوز له عزل نفسه وفى باب الوقف ما يخالفه . والجواب أن الكلام هنا فيما لو أراد عزل نفسه وإقامة غيره مقامه وما هناك فى مجرد العزل فلا تخالف ، وخرج بمن شرط له النظر غيره فله إخراج نفسه من النظر متى شاء ، ويصير الحق فى ذلك للقاضى يقرر فيه من شاء كبقية الوظائف ، وإذا أسقط حقه لغيره جاز له الأخذ فى مقابلة الإسقاط كما ذكره فى القسم والنشوز والجعالة (قوله كان كما مر) أى فإنه لايجوز (قوله ولقد وقعت لى) أى عندى (قوله وبما تقرر) هو قول المقرر فى المذهب (قوله اندفع ماقيل) فيه نظر ظاهر اهـ سم على حج . ولعل وجهه منع أن ذلك معلوم لمن ذكر بل لايهتدى إليه إلا من له كثرة إحاطة فلا تنبغى الإحالة عليه (قوله من غير تمييز) أى فهو مخالف لاصطلاحه من أن مازاده يميزه بقوله فى أوّله قلت وفى آخره والله أعلم . والجواب أنه علم من تتبع كلامه أن هذا فى غير الكلمة أو الكلمتين (قوله أما لو اشترى فى الذمة لنفسه) أى أو أطلق . بقى مالو نوى نفسه والعامل الأوّل هل يقع لهما أو للعامل الثانى ؟ فيه نظر . ونقل عن شيخنا الزيادى بالدرس أنه يقع للعامل الثانى قياسا على ما فى الوكالة من أن الوكيل لو اشترى فى ذمته ونوى نفسه وموكله وقع للوكيل . أقول : هذا قريب فيما لو أذن له فى شراء شىء بعينه ، فإنه حيث نوى نفسه ، والمالك لم يأذن بما أذن له فى شرائه ، أما لو أذن له فى التجارة من غير تعرض لشىء بخصوصه فينبغى الصحة ويكون مااشتراه مشتركا بينهما (قوله فيقع لنفسه) أى لاالقراض فيكون الربح كله له والمال مضمون عليه ضمان المغصوب (قوله ويجب تعيين أكثرهما) أى حظا (قوله لم يصح) وذلك لما أشار إليه بقوله لأنهما بمنزلة

انتهى ولعل المراد انعزاله بالشروع فى العقد وإلا لزم عليه المحظور المتقدم (قوله ويجب تعيين أكثرهما) المراد تعيين أحدهما

فيما شرط له تعيين من له الأكثر (والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال) وإلا فسد لما فيه من شرط بعض الربح لمن ليس بمالك ولا عامل (وإذا فسد القراض) وبقى الإذن لنحو فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك (نفذ تصرف العامل) نظرا لبقاء الإذن كالوكالة الفاسدة ، أما إذا فسد لعدم أهلية العاقد أو والمقارض ولى أو وكيل فلا ينفذ تصرفه (والربح) بكماله (للمالك) لأنه نماء ملكه والخسران عليه أيضا (وعليه للعامل أجرة مثل عمله) وإن لم يحصل ربح لأنه عمل طامعا فى المسمى ولم يسلم فرجع إلى الأجرة وإن علم الفساد وظن أن الأجرة نظير مامر كما أفاده السبكى (إلا إذا قال قارضتك وجميع الربح لى فلا شىء له فى الأصح) لأنه عمل مجانا غير طامع فى شىء . والثانى يرجع بأجرة المثل كسائر أسباب الفساد (ويتصرف العامل محتاطا لا بغبن) فاحش فى نحو بيع أو شراء (ولا نسيئة) فى ذلك للغرر ولاحتمال تلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك (بلا إذن) كالوكيل ، فإن أذن جاز لأن المنع لحقه وقد زال بإذنه ، ويأتى فى التعرض فى النسيئة فى قدر المدة مامر فى الوكالة كما فى المطلب ،

عامل الخ فإن المشترى بمنزلة عامل آخر (قوله فيما شرطه له) أى العامل (قوله من له الأكثر) عبارة حج عليه ، وعبارة الأصل هى الأوضح لأن التعبير بعليه يوهم ثبوت الأكثر فى ذمة أحد المالكين . نعم الأوضح منهما أن يقول من الأكثر من جهته (قوله وإلا فسد) أى بأن شرط التساوى بين المالكين أو شرط لصاحب الأقل من المالين الأكثر من الربح (قوله والمقارض) أى والحال (قوله فلا ينفذ تصرفه) أى ويضمنه ضمان المغصوب لوضع يده عليه بلا إذن من مالكه (قوله وإن لم يحصل ربح) أى بل وإن حصل خسران ، وهذا بخلاف مامر فى الشركة الفاسدة حيث قيل فيها بعدم استحقاق أجرة إن لم يحصل ربح فى المال ، وفرق أن الشريك يعمل فى ملك نفسه فاحتيج فى وجوب أجرته لوجود نفع شريكه بخلاف العامل فى القراض والمساقاة (قوله وإن علم الفساد) غاية (قوله نظير مامر) بعد قول المصنف : ولو قال قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد من قوله وسواء فى ذلك كان عالما بالفساد أولا لأنه حينئذ طامع فيما أوجبه له الشرع الخ (قوله فلا شىء له) أى أو قال بع فى هذا واشتر أو قال اتجر فيه ولم يذكر ربحا فلا شىء له لأن ماذكره توكيل لاقراض (قوله ولا نسيئة فى ذلك) قياسا على ماصرح به المنهج فى باب الوكالة حيث قال : ولو خالف وسلم المبيع ضمن قيمة يوم التسليم ، وعليه فإذا غرم القيمة هل يردها لمال القراض من غير مراجعة المالك لأنه لم ينعزل ، أو لابد من دفعها للمالك وأخذها منه لئلا يلزم عليه اتحاد القابض والمقبض لو لم يدفعها له ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى أخذا مما يأتى فيما لو أتلف العامل مال القراض من أنه يقبض المالك منه بدله ويرده إليه كما بحثاه وسبقهما إليه المتولى (قوله بلا إذن) أى فى الغبن والنسيئة ظاهره أنه يبيع بغير الغبن الفاحش ولو كان ثم من يرغب فيه بتمام قيمته ، ولعله غير مراد أخذا مما تقدم فى الوكالة أن محل الصحة إذا لم يكن ثم راغب يأخذه بهذه الزيادة (قوله فإن أذن جاز) ومع جوازه ينبغى أن لايبالغ فى الغبن ليبيع ما يساوى مائة بعشرة ، بل يبيع بما تدل القرينة على ارتكابه عادة فى مثل ذلك : أى فإن بالغ فى الغبن لم يصح تصرفه (قوله مامر فى الوكالة) أى من أنه إن عين له قدرا اتبع ، وإلا فإن

من الآخر إما بتعيين أكثرهما أو أقلهما ، وكذا يقال فيما يأتى (قوله نظير مامر) الذى مر أنه يستحق وإن علم الفساد . وأما كونه يستحق مع ظن أن لاأجرة فهو لم يمر فى كلامه وإنما أفاده هنا ، وهو مخالف فيه للشهاب بن حجر (قوله للغرر) يرجع للبيع ، وقوله ولاحتمال الخ راجع للشراء (قوله ويأتى فى التعرض فى النسيئة الخ) عبارة التحفة : ومن ثم

ويجب الإشهاد وإلا ضمن ، بخلاف الحال لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء ثمنه ، ومتى أذن فى التسليم قبل قبض الثمن لم يجب إشهاد لعدم جريان العادة بالإشهاد فى البيع الحال . والمراد بالإشهاد الواجب كما رجحه ابن الرفعة أن لايسلم المبيع حتى يشهد شاهدين على إقراره بالعقد . قال الأسنوى : أو واحدا ثقة اه . وقضية كلام ابن الرفعة أنه لايلزمه الإشهاد على العقد ، ويوجه بأنه قد تيسر له البيع بربح بدون شاهدين ، ولو أخر لحضورهما فات ذلك فجاز له العقد بدونهما ولزمه الإشهاد عند التسليم (وله البيع) ومثله الشراء كما قاله جمع متقدمون (بعرض) وإن لم يأذن له المالك إذ الغرض الربح وقد يكون فيه ، وبه فارق الوكيل ، وقضيته أن له البيع بنقد غير البلد ، لكن منعه العراقيون وجزما به فى الشركة ، وفرق السبكى بأن نقد غير البلد لايروج فيها بخلاف العرض ، ويؤخذ منه أنه إن راج جاز ذلك ، ويؤيده كلام ابن أبى عصرون السابق (وله) بل عليه كما قاله الأسنوى (الرد بعيب) حال كون الرد (تقتضيه مصلحة) بناء على مذهب سيبويه وليس بضعيف وإن ادعاه بعضهم ، ويصح كونه حالا من ضمير الظرف ، والقول بأنه إذا تقدم لايتحمل ضميرا مردود ، ويصح كونه صفة للرد إذ تعريفه للجنس وهو كالنكرة نحو ـ وآية لهم الليل نسلخ منه النهار ـ (فإن اقتضت) المصلحة (الإمساك فلا) يرده (فى الأصح) لإخلاله بمقصود العقد . والثانى نعم كالوكيل . فإن استوى الرد والإمساك كان له الرد قطعا كما فى البسيط (وللمالك الرد) حيث يجوز للعامل وأولى لملكه الأصل ؛ ثم إن كان الشراء بالعين رده على البائع

كان ثم عرف فى الأجل حمل عليه وإلا راعى المصلحة (قوله ويجب الإشهاد) أى فى النسيئة ، واقتصاره فى وجوب الإشهاد يفيد أنه لايجب بيان المشترى للمالك ، وهذا يخالف مامر فى الوكيل ، وعليه فيمكن الفرق بأن العامل هنا لما كان له حصة من الربح وكان مطالبا بتنضيض رأس المال أغنى ذلك عن بيانه للمالك (قوله وإلا ضمن) أى بالقيمة وقت التسليم ويكون للحيلولة لا أنه يضمن الثمن (قوله لعدم جريان العادة) يؤخذ منه أن العادة لو جرت به فى محل القراض وعلم المالك بها وجب الإشهاد ولا مانع منه (قوله قال الأسنوى الخ) معتمد (قوله أو واحدا ثقة) أى ولو مستورا كما فى شرح الروض اه سم على منهج (قوله وقضيته) أى قضية قوله إذ الغرض الربح (قوله وجزما به) أى بالمنع واعتمده الشارح ثم (قوله السابق) أى فى الشركة (قوله بناء) أى كونه حالا على مذهب سيبويه أى من صحة مجيء الحال من المبتدإ (قوله نحو وآية لهم) أى فإن نسلخ الآية صفة لليل (قوله فلا يرده) أى لايجوز له ولا ينفذ منه (قوله كان له الرد قطعا) ولا ينافى هذا ما يأتى قريبا من أنه إذا استوى الأمران فى المصلحة رجع إلى اختيار العامل لأن ذاك عند اختلافهما ، وما هنا فيما إذا توافقا على استواء الأمرين (قوله حيث يجوز للعامل) وذلك حيث لم تكن المصلحة فى الإبقاء (قوله أولى لملكه الأصل) قال فى شرح الروض : بل القياس وجوبه : أى الرد فيما إذا كانت المصلحة فيه على العامل كعكسه اه سم على منهج . ونازع فى حواشي حج فى صورة العكس ، وتوجه المنازعة بما حاصله أن المالك حيث رضى بعيبه فقد رضى بالتفويت على نفسه ، والعامل هو المباشر للعقد فإن أراد الرد وكان فيه مصلحة لم يمنعه المالك منه (قوله رده على البائع) قد يتعذر ذلك لعدم ثبوت الحال مع إنكار البائع اه سم على حج : أى فيكون الرد من جهة العامل فقط ، فإن تعذر عليه ذلك فينبغى أن يتصرف فيه المالك بالظفر .

جرى هنا فى قدر النسيئة وإطلاقها فى البيع مامر ثم : أى فى الوكالة (قوله ويجب الإشهاد) أى فى البيع (قوله على إقراره) أى المشترى (قوله ويؤيده كلام ابن أبى عصرون السابق) أى فى الشركة

ونقض البيع أوفى الذمة صرفه للعامل، وفى وقوعه له مامر من التفصيل فى الوكيل بين أن يسميه فى العقد ويصدقه البائع وأن لا (وإن اختلفا) أى المالك والعامل فى الرد وعدمه (عمل) من جهة الحاكم (بالمصلحة) لأن لكل منهما حقا فإن استوى الأمران فيها رجع إلى اختيار العامل كما فى المطلب لتمكنه من شراء المعيب بقيمته: أى فكان جانبه هنا أقوى (ولا يعامل المالك) بمال القراض: أى لايبيعه إياه لأدائه إلى بيع ماله بماله، بخلاف مالو اشترى له منه بعين أودين يمتنع لكونه متضمنا فسخ القراض، ولهذا لو اشترى ذلك منه بشرط بقاء القراض بطل فيما يظهر وإن أوهم كلام بعضهم الصحة مطلقا، ولوكان له عاملان مستقلان فهل لأحدهما معاملة الآخر؟ وجهان: أوجههما نعم إن أثبت المالك لكل منهما الاستقلال بالتصرف أو الاجتماع فلا كالوصيين على ما قاله الأذرعى فيهما ورجحه غيره، لكن المعتمد كما فى أدب القضاء للإصطخرى منع بيع أحدهما من الآخر فيأتى نظير ذلك فى العاملين (ولا يشترى للقراض بأكثر من رأس المال) والربح إلا بإذن المالك كما دل عليه كلام المصنف. على أنه يمكن رجوع بغير إذنه إلى هذه أيضا وهو ظاهر، وإن قال الأذرعى لم أره نصا وذلك لأن المالك لم يرض به، فإن فعل فسيأتى

[فرع] لو أذن له فى الشراء سلما جاز؛ وفى البيع سلما لايجوز لأن الحظ غالبا فى الشراء سلما دون البيع، قاله الماوردى. قال: والإذن فى النسيئة لايتناول السلم لأنه غرر؛ وكأن المراد فى مسئلة السلم أنه لم يجعل سوى البيع سلما أو الشراء سلما فيصح فى الثانية دون الأولى. وفى شرح الروض: قد يقال الأوجه الجواز: أى فى الأولى وقول الماوردى لايتناول السلم: أى لابيعا ولا شراء اهـ سم على منهج، وقوله وفى البيع سلما لايجوز قال حج: وفيه نظر ظاهر اهـ: أى فالقياس الجواز مطلقا لأن الحق لهما لايعدوهما، فحيث أذن جاز لأنه راض بالضرر والعامل هو المباشر (قوله ونقض البيع) أى فسخه (قوله صرفه) أى العقد (قوله وأن لا) أى وهو انه إن سماه وصدقه لم يقع العقد للوكيل وإلا وقع له (قوله من جهة الحاكم) أو المحكم اهـ حج (قوله ولا يعامل المالك) أى ولا وكيله حيث كان يشترى للمالك (قوله بخلاف مالو اشترى) أى العامل لنفسه مال القراض وذلك بأن اشترى العامل مال القراض لنفسه بعين من ماله أو دين فى ذمته فلا يمتنع الخ، وقوله منه: أى المالك (قوله وجهان) اعلم أنه إن كان المراد بمعاملة الآخر أن الآخر يشترى من مال القراض لنفسه فالجواز قريب لايتجه غيره كما فى الوصيين المستقلين، فإن لأحدهما أن يشترى لنفسه من الآخر كما يأتى فى محله بما فيه، وإن كان المراد بها أن الآخر يشترى للقراض من صاحبه بمال القراض فلا ينبغى إلا القطع بامتناع ذلك فضلا عن إجراء خلاف فيه مع ترجيح الجواز لأن فيه مقابلة مال المالك بمال المالك، فكما امتنع بيع العامل من المالك فيمتنع بيع أحد العاملين من الآخر للقراض لأن المال للمالك فيلزم مقابلة ماله بماله. هذا كله إذا كان المراد أن المال واحد وكل منهما عامل فيه على الاستقلال كما هو ظاهر العبارة. أما لو قارض أحدهما وحده على مال وقارض الآخر وحده على مال آخر كما صور بعضهم بذلك مسئلة الوجهين وأراد أحدهما أن يشترى لنفسه من الآخر من مال القراض الذى معه فالوجه جواز ذلك، بل القطع به لأنه أجنبى بالنسبة لما مع الآخر، وإن أراد أن يشترى لقراضه مما مع الآخر فالوجه امتناعه لأن فيه مقابلة مال المالك بمال المالك فليحرر اهـ سم على حج (قوله أو الاجتماع) قسيم لقوله إن أثبت المالك الخ ولوقال بخلاف مالوشرط عليهما الاجتماع كان أوضح (قوله فيأتى نظير ذلك فى العاملين)

(قوله أى لايبيعه إياه) أى ولا يشترى منه للقراض كما فى كلام غيره فكان الأولى حذف هذا التفسير لإيهامه (قوله بخلاف مالو اشترى ماله) أى القراض لنفسه (قوله إن أثبت المالك لكل منهما الاستقلال) هو فرض المسئلة.

ولا بغير جنس ماله أيضا، فلو كان ذهبا ووجد مايباع بدراهم باع الذهب بدراهم ثم اشترى ذلك بها ولا بثمن المثل ما لا يرجو فيه ربحا : أى إلا بعد زمن طويل لايبقى له القراض غالبا فيما يظهر (ولا من يعتق على المالك) كأصل أو فرع ، أو من أقر بحريته أو شهد بها وردت ، أو مستولدة له وبيعت لنحو رهن (بغير إذنه) إذ القصد الربح وهذا خسران ، فإن أذن له صح ، ثم إن لم يكن فى المال ربح عتق على المالك وما بقى هو رأس المال ، وكذا إن كان فيه ربح فيعتق على المالك نصيب العامل من الربح ، ولو أعتق المالك عبدا من مال القراض فكذلك (وكذا زوجه) أى المالك الذكر والأنثى لايشتريه بغير إذنه (فى الأصح) لتضرر المالك بانفساخ نكاحه ، والثانى يجوز إذ قد يكون مربحا . وأما الضرر فى حقه فمن جهة أخرى بخلاف شراء القريب لفواته بالكلية ، أما لو اشترى العامل زوجه أو من يعتق عليه ، فإن كان بالعين ولا ربح لم يعتق عليه ولم ينفسخ نكاحه ، وكذا إن كان فى الذمة واشترى للقراض (ولو فعل) مامنع منه من نحو شراء أصله أو فرعه أو زوجه أو بأكثر من رأس المال (لم يقع للمالك ويقع للعامل إن اشترى فى الذمة) وإن صرح بالسفارة لما مر فى الوكالة ، فإن اشترى بالعين كان باطلا من أصله (ولا يسافر بالمال بلا إذن) وإن قربت المسافة وأمن الطريق وانتفت المؤنة لأن السفر مظنة

أى فيمتنع مطلقا سواء أثبت لكل الاستقلال أو شرط الاجتماع (قوله ولا بغير جنس ماله) أى مع بقائه فلو باعه بجنس آخر جاز الشراء بذلك الآخر كما هو ظاهر ، وهو حينئذ نظير ما ذكره بقوله باع الذهب بدراهم الخ .

[فرع] هل للعامل الكافر شراء المصحف للقراض الذى يتجه الصحة إن صححنا شراء الوكيل الكافر المصحف لموكله المسلم لوقوع الملك للموكل دونه ، ولا يعارض ذلك أنه يملك حصته من الربح بشرطه فيلزم أن يملك جزءا من المصحف لأن حصول الربح أمر مستقبل غير لازم للعقد ، على أنه لايملك حصته من الربح بمجرد حصول الربح على الصحيح ، وظاهر أنه يمتنع قسمة المصحف وإلا لزم ملكه جزءا منه وهو ممتنع . نعم يمكن التوصل لملك حصته من الربح بنضوض المال مع فسخ العقد فإن ذلك من الطرق التى تحصل ملك الحصة واستقراره بها فتأمل اهـ سم على حج (قوله أى إلا بعد زمن طويل) عبارة حج : أى أبدا أو إلا الخ ولعل عدم ذكر الشارح لذلك لفهم البطلان فيها بالأولى مما ذكره أو لادعاء دخولها فى الزمن الطويل (قوله كأصل أو فرع) مفهومه أنه يشترى ذوى الأرحام ، وينبغى خلافه إذا كان هناك حاكم يرى عتقهم عليه لاحتمال رفعه إليه فيعود عليه الضرر (قوله نصيب العامل) أى فيستقر للعامل بقدر ما يخصه من الربح فيأخذه مما بقى بيد من المال أو من المالك ، فلو لم يبق بيد العامل شىء بأن كان ثمن العبد جميع مال القراض وكان المالك معسرا بما يخص العامل فينبغى عدم نفوذ العتق فى قدر نصيب العامل (قوله زوجه) أى زوج نفسه (قوله بخلاف شراء القريب) أى المذكور فى قوله كأصل أو فرع أخذا من العلة (قوله أما لو اشترى) عبارة الروض : فرع اشترى العامل للقراض أباه ولو فى الذمة والربح ظاهر صح ولم يعتق اهـ . وهى تفيد عدم العتق فى الشراء بالعين وفى الذمة ولو مع وجود الربح ، بخلاف عبارة الشارح . وقضية ذلك أنه لو اشترى زوجته للقراض صح ولم ينفسخ نكاحه ، ويتجه أن له الوطء لبقاء الزوجية لعدم ملكه لشىء منها واستحقاقه الوطء قبل الشراء فيستصحب . ولا يعارض ذلك أنه يحرم على العامل وطء أمة القراض لأن ذاك فى الوطء من حيث القراض والوطء هنا بزوجية ثابتة اهـ سم على حج (قوله واشترى للقراض) ظاهره ولو لم يكن فيه ربح وعلى ما اقتضاه كلام الروض الذى نقله سم لافرق (قوله فإن اشترى بالعين) ظاهره البطلان فى الكل لا فى الزائد ، بخلاف عبارة شرح الروض فإنه قال : فإن اشترى بأكثر منه لم يقع مازاد عن جهة القراض الخ اهـ . وهو شامل لنحو شراء عبد بعشرين ورأس المال عشرة انتهى سم على حج (قوله وإن قربت المسافة) سبق أن محل امتناع السفر إلى ما يقرب من بلد القراض إذا لم يعتد أهل بلد القراض

الخطر ، فلو سافر من غير ضرورة ضمن وأثم ولم ينفسخ القراض سواء أسافر بعين المال أم العروض التى اشتراها به خلافا للماوردى ، وقد قال الإمام : لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم ينعزل ثم إذا باع فيما سافر إليه وهو أكثر قيمة مما سافر منه أو استويا صح البيع للقراض أوأقل قيمة مما لايتغابن به لم يصح ، أما بإذن فيجوز . نعم لايستفيد ركوب البحر إلا بالنص عليه أو الإذن فى بلد لايسلك إليها إلا فيه ، وألحق الأذرعى به الأنهار إذا زاد خطرها على خطر البر ، ثم إن عيّن له بلدا فذاك وإلا تعين ما اعتاد أهل بلد القراض السفر إليه منه (ولا ينفق منه على نفسه حضرا) لاقتضاء العرف ذلك (وكذا سفرا فى الأظهر) كالحضر إذ النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفراده به ، وقد تزيد عليه فيلزم أخذه من رأس المال ، وهو ينافى مقتضاه ، والثانى ينفق مايزيد بسبب السفر كالخف والإداوة وسفرة لأنه حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض فأشبه حبس الزوجة بخلاف الحضر ومراده بالنفقة مايعم سائر المؤن ، ولو شرط ذلك فى العقد فسد (وعليه فعل مايعتاد) عند التجار فعل التاجر له بنفسه (كطىّ الثوب ووزن الخفيف) ولو لم يعتد فرفعه متعين كما ضبطه الشارح إشارة لذلك (كذهب ومسك) لقضاء العرف به (لا الأمتعة الثقيلة) فليس عليه وزنها (ونحوه) بالرفع بضبطه أى نحو وزنها كنقلها من الخان إلى

الذهاب إليه ليبيع ويعلم المالك بذلك ، وإلا جاز لأن هذا بحسب عرفهم يعدّ من أسواق البلد ، ويفرق بينه وبين حرمة السفر له يوم الجمعة وبغير إذن الدائن بأن الحرمة ثم لخوف فوت الجمعة والتفويت على الدائن ، بخلاف ماهنا فإن الغرض طلب الربح وقد يتوقف حصوله على مثل ذلك (قوله ولم ينعزل) ثم إن أراد التصرف فى مال القراض عزل قدره أو اشترى بالجميع ويكون ما اشتراه بعضه للعامل وبعضه للقراض (قوله صح البيع للقراض) أى ولا يشترط لصحة البيع كونه بنقد بلد القراض بل يجوز بالعرض وبنقد ماسافر إليه حيث كان فيه ربح أخذا مما تقدم من جواز بيعه بالعرض وبغير نقد بلد القراض وإن باع فيه ، ثم ظاهر كلامه صحة البيع فى البلد الذى سافر إليه وإن عين غيره للبيع بل ولو نهاه عن السفر إليه لعدم انعزاله بالسفر لما ذكر ، وقد يستفاد ذلك من قوله ثم إذا باع فيما سافر إليه وهو أكثر قيمة مما سافر منه أواستويا صح (قوله لم يصح) أى فإن كان القدر مما يتغابن به صح ونظر فيه سم على منهج ، وعبارته : وانظر كيف يجوز ترك هذا القدر إذا كان لو باع فى البلد المأذون فيه لم يتركه ، ويمكن أن يجاب بأن البيع بما ذكر بيع بثمن المثل وليس البيعُ فى بلد القراض بهذا القدر محققا (قوله إلا فيه) كسواكن (قوله وإلا تعين ما اعتاد الخ) أى فلو لم تكن لهم عادة بالسفر فقياس مالو أطلق فى الأصل ولا عادة ثم جواز السفر هنا إلى موضع يليق السفر إليه للبيع من ذلك البلد عرفا (قوله ولا ينفق) أى وإن جرت العادة بذلك وظاهره وإن أذن له المالك ، وينبغى خلافه ولعله غير مراد ، وعليه فإذا فرض ذلك فالظاهر أنه يكون من الربح لا من أصل مال القراض ، فإن لم يوجد ربح حسب من رأس المال (قوله والإداوة) أى الركوة (قوله ولو شرط ذلك) أى النفقة سفرا أو حضرا (قوله فسد) ينبغى جريانه فى صورة السفر أيضا كما يفيده قول الروض ولا النفقة على نفسه من مال القراض وإن سافر ، بل لو شرطها فسد القراض اه سم على حج ، ويشمل الصورتين قول الشارح : ولو شرط ذلك فى الخ ، وإنما نسب سم ذلك للروض لأن حج إنما ذكر ذلك فى الحضر دون السفر (قوله ووزن الخفيف) وعليه فنقد الدراهم التى يبيع بها ووزنها على العامل ، فإن استأجر عليها كانت

(قوله نعم لايستفيد ركوب البحر) أى الملح (قوله إلا بالنص عليه) نقل الشهاب ابن قاسم عن الشارح أنه يكفى فى التنصيص التعبير بالبحر وإن لم يقيده بالملح (قوله لاقتضاء العرف) هو مشكل مع قوله السابق ولو لم يعتد

الدكان لتعارف الاستئجار لذلك . ويصح جر ما بعد لا عطفا على الخفيف ، وعلى هذا رفع نحوه أولى أيضا وإلا أوهم عطفه على الأمتعة الثقيلة وهو فاسد إذ لانحو لها (وما لا يلزمه) من العمل كأجرة كيل وحفظ (له الاستئجار عليه) من مال القراض لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ، ولو فعله بنفسه لم يستحق أجرة ، وما يلزمه فعله لو اكترى عليه من فعله فالأجرة فى ماله لا فى مال القراض ، ولو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض فالظاهر من وجهين حكاهما الماوردى عدم الصحة ، وما يأخذه الرصدى والمكاس محسوب من مال القراض كما قاله الماوردى (والأظهر أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور) للربح إذ لو ملك به لكان شريكا فى المال ، حتى لو هلك منه شىء كان من المالين ، والثانى يملك بالظهور قياسا على المساقاة ، وفرق الأول بأن الربح وقاية لرأس المال ، بخلاف نصيب العامل من الثمار لايجبر به نقص النخل . نعم له على الأول فيه حق مؤكد بالظهور فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء ، ويصح إعراضه عنه ويغرمه المالك بإتلافه للمال أو استرداده ، ومع ملكه بالقسمة لايستقر ملكه إلا إذا وقعت بعد الفسخ والنضوض الآتى ، وإلا جبر به خسران حدث بعدها ، ويستقر نصيبه أيضا بنضوض المال بعد ارتفاع العقد من غير قسمة ، ولا ترد هذه على المصنف ، لأن كلامه فى مجرد الملك الذى وقع الخلاف فى حصوله بماذا ومر آخر زكاة التجارة حكم زكاة مال القراض (وثمار الشجر والنتاج) من أمة أو بهيمة (وكسب الرقيق) من صيد واحتطاب وقبول وصية (والمهر) على من وطئ أمة القراض بشبهة منها ، أو زنا مكرهة أو مطاوعة وهى ممن لاتعتبر مطاوعتها أو نكاح ، فذكرهما الأول ليس

الأجرة من ماله (قوله ويصح جرما بعد لا) وهو الأمتعة دون قوله ونحوه كما يصرح به قوله وعلى هذا الخ (قوله لم يستحق أجرة) سيأتى للشارح فى المساقاة أن ما لا يلزم العامل فعله إذا فعله بإذن المالك استحق أجرة كما لو قال اقض دينى ، وإن لم يسم المالك له أجرة فقياسه أن محل عدم استحقاق العامل الأجرة هنا حيث فعل بلا إذن من المالك فليحرر (قوله محسوب من مال القراض) وينبغى أن مثل ذلك مالو دفع الوكيل ذلك من المال الموكل فيه إذا تعذرت مراجعة المالك ، أما إذا لم تتعذر فليس له ذلك إلا بإذن منه فلو خالف كان متبرعا به وضاع عليه ، وينبغى أن محل الاحتياج للمراجعة حيث لم يعتد ذلك ويعلم به المالك وإلا دفع بلا مراجعة وإن سهلت ، وكتب أيضا حفظه الله تعالى قوله محسوب من مال القراض : أى من رأس المال إن لم يوجد ربح فإن وجد ربح ولو بعد أخذ الرصدى والمكاس حسب منه كما يدل عليه قول المصنف الآتى والنقص الحاصل الخ (قوله ويتقدم به على الغرماء) أى وعلى مؤن تجهيز المالك لتعلقه بالعين اه سم على حج (قوله ويصح إعراضه) أى العامل وقوله بإتلافه : أى المالك (قوله ويستقر نصيبه) أى العامل (قوله ومر الخ) والراجح منه أنها من الربح إن أخذت قبل القسمة (قوله والمهر على من وطئ) أى الحاصل بغير وطء العامل لما يأتى فى قوله ويجب عليه المهر فيكون فى مال القراض (قوله وهى ممن لاتعتبر مطاوعتها) أى بأن كانت أعجمية أو تعتقد طاعة الآمر ، وأما المميزة فلا مهر لها (قوله أو نكاح) أى والمزوج لها المالك بإذن من العامل إن ظهر ربح وإلا فلا يتوقف على إذنه فيما

(قوله وإلا أوهم عطفه على الأمتعة الثقيلة) قال الشهاب ابن قاسم: أفهم أنه على الجر ليس عطفا على الأمتعة ، فعلى ماذا هذا ؟ قال : ولا يقال هذا الإيهام متحقق مع رفع الأمتعة الثقيلة لأنه يتوهم أنه نفس المعطوف عليه ولم يحترز عنه ، فدل عدم مراعاته أنه لابأس بالاحتراز عنه حيث أمكن لكنه لم يمكن على ذلك التقدير (قوله حتى لو هلك منه شىء كان من المالين) أى وليس كذلك ، وعبارة التحفة : إذ لو ملك به لشارك فى المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك محسوبا عليهما ، وليس كذلك بل الربح وقاية لرأس المال وبه فارق ملك عامل المساقاة حصته

بقيد ، وسائر الزوائد العينية (الحاصلة) بالرفع (من مال القراض يفوز بها المالك فى الأصح) لأنها ليست من فوائد التجارة ، وخرج بالحاصلة من ذلك الظاهر فى حدوثها منه ما لو اشترى حيوانا حاملا أو شجرا عليه ثمر غير مؤبر فالأوجه أن الولد والثمرة مال قراض (وقيل) كل مايحصل من هذه الفوائد (مال قراض) لحصولها بسبب شراء العامل الأصل ولا دليل له فيما مر فى زكاة التجارة أن الثمرة والنتاج مال تجارة لأن المعتبر فيما يزكى كونه من عين النصاب وهذان كذلك ، وهنا كونه بحذق العامل وهذان ونحوهما ليست كذلك ، ويحرم على كل من المالك والعامل وطء جارية القراض سواء أكان فى المال ربح أم لا ، إذ لايتحقق انتفاء الربح فى المتقوّمات إلا بالتنضيض ، ولا ينافى العلة ماسيأتى من أن العامل يحدّ بوطئها إن كان عامدا . ولا ربح لأن المقتضى لعدم الحدّ عند ظهور الربح إنما هو شبهة الملك ، وهى منتفية لانتفاء ظهور الربح ، ، ولا يجوز لواحد منهما تزويجها ، لأنه ينقصها فيضر الآخر . فإن وطئها المالك لم يكن فسخا للقراض ، ولا موجبا لحدّ أو مهر ، واستيلاده كإعتاقه فينفذ ويغرم للعامل حصته من الربح ، فإن وطئها العامل عالما بالتحريم ولا ربح حدّ لانتفاء الشبهة ، وإلا فلا حدّ للشبهة ويكون الولد حرا

يظهر ، لكن هذا يخالف قول الشارح الآتى ولا يجوز لواحد منهما تزويجها الخ ، إلا أن يقال : محل قوله لايجوز إن لم يأذن العامل للمالك فى التزويج ، ويدل عليه قوله لأنه ينقصها فيضر الآخر فجعل العلة مجرد الضرر وحيث أذن رضى به فلا وجه للمنع ، لكن قوله فيما يأتى إذ لايتحقق انتفاء الربح الخ يقتضى توقف التزويج على إذن العامل مطلقا ، وفيه مافيه لما يأتى من أنه إذا وطئ قبل ظهور الربح عالما حدّ (قوله لأنها ليست من فوائد التجارة) أى الحاصلة بتصرف العامل فى مال التجارة بالبيع والشراء بل هى ناشئة من عين المال من غير فعل من العامل .

[فرع] لو استعمل العامل دوابّ القراض وجبت عليه الأجرة للمالك ، ولا يجوز للمالك استعمال دوابّ القراض إلا بإذن العامل ، فإن خالف فلا شىء فيه سوى الإثم بر اه سم على منهج . ويشكل كون الأجرة للمالك على ماذكره الشارح من أن المهر الواجب على العامل بوطئه يكون فى مال القراض لأنه فائدة عينية الخ اللهم إلا أن يقال ما ذكر من كون الأجرة للمالك مبنى على أن مهر الأمة مطلقا للمالك ، أو أن المراد بكونها للمالك أنها تضم لمال القراض كالمهر ، وهو الأقرب فليتأمل .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو اشترى دابة أو أمة حائلا ثم حملت هل يجوز بيعها من كل منهما لكونها مال قراض ، أو يجوز للمالك دون العامل لكونها ملكه ، أو لايجوز لواحد منهما لاختصاص المالك بالحمل فأشبه ذلك الدابة الموصى بحملها أو الحامل بحر حيث لايجوز بيعها لتعذر التوزيع ؟ فيه نظر ، والجواب عنه بأن الأقرب الثانى ويكون ذلك كما لو استرد بعض المال فينفسخ القراض فيه ثم إن لم يظهر ربح فظاهر وإن كان استقر للعامل قدر حصته من الربح على التفصيل المذكور فيما لو استرد بعض المال ، ويعرف مقدار الربح بتقويم الدابة غير حامل (قوله من ذلك) أى مال القراض (قوله وهذان) أى الثمر والنتاج (قوله ولا يجوز لواحد منهما تزويجها) أى لثالث (قوله واستيلاده) أى المالك (قوله ويكون الولد حرا) ولا تصير أمة مستولدة للعامل كما

من الثمر بالظهور لتعيينه خارجا فلم ينجبر به نقص النخل (قوله الأصل) بالنصب معمولا لشراء (قوله إذ لايتحقق انتفاء الربح فى المتقوّمات الخ) إنما يظهر تعليلا لحرمة وطء المالك فتأمل (قوله وهى منتفية) أى لأنه

وتلزمه قيمته للمالك فيما يظهر ويجب عليه المهر فيكون في مال القراض كما قالاه ، والقول بأنه إنما يأتى على طريقة الإمام لا على طريقة الجمهور من أن مهر الإماء يختص به المالك رده الوالد رحمه الله ؛ وفرق بينهما بأن المهر الواجب بوطء العامل فائدة عينية حصلت بفعله فأشبهت ربح التجارة (والنقص الحاصل) فى مال القراض (بالرخص) أو بعيب كمرض حادث (محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به) لأنه المتعارف (وكذا لو تلف بعضه بآفة) سماوية كحرق وغرق (أو غصب أو سرقة) وتعذر أخذه أو أخذ بدله (بعد تصرف العامل فى الأصح) لأنه نقص حصل فأشبه نقص العيب والمرض . والثانى لا لأنه نقص لاتعلق له بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف الحاصل بالرخص فليس ناشئا من نفس المال بخلاف المرض والعيب ، أما لو أخذ بدل المغصوب أو المسروق فيستمر فيه القراض ، وله المخاصمة فيه إن ظهر ربح فى المال وخرج ببعضه نحو تلف كله مالم يتلفه أجنبي ويؤخذ بدله أو العامل ويقبض المالك منه بدله ويرده إليه كما بحثاه وسبقهما إليه المتولى، وقال الإمام: يرتفع مطلقا،وعليه يفارق الأجنبى بأن للعامل الفسخ فجعل إتلافه فسخا كالمالك بخلاف الأجنبي ، وفيما إذا أتلفه المالك ينفسخ مطلقا ويستقر عليه نصيب العامل (وإن تلف) بعض المال (قبل تصرفه فيه ف)يحسب (من رأس المال فى الأصح)لأن العقد لم يتأكد بالعمل . والثانى من الربح لأنه بقبض العامل صار مال قراض .

(فصل)

فى بيان أن القراض جائز من الطرفين والاستيفاء والاسترداد وحكم اختلافهما وما يقبل فيه قول العامل

(لكل) من المالك والعامل (فسخه متى شاء) ولو فى غيبة الآخر ،ويحصل بقول المالك فسخته أو رفعته

فى متن الروض ويفيده قول الشارح ، وتلزمه قيمته ، إذ لو صارت مستولدة لما لزمت لتقرير دخولها فى ملكه قبيل العلوق (قوله وتلزمه قيمته للمالك فيما يظهر) القياس كما يؤخذ من توجيه كلامهما فى المهر أنها تكون مال قراض مر اه حواشى شرح الروض (قوله فيكون فى مال القراض) أى مضموما إليه (قوله كحرق وغرق) مثل بهما للآفة السماوية مع أنهما ليسا منها . ويجاب بأن المراد بها ما ليس ناشئا عن فعل مضمن ، لكنه لما كان الأصل والغالب وقوع التلف بآفة السماء كالحر والبرد والصواعق ونحوها أضيف التلف إليها وإن كان سببه من الأرض (قوله وله) أى العامل (قوله كما بحثاه) معتمد (قوله وقال الإمام يرتفع مطلقا) أى فى صورة مالو أتلفه العامل ، وقوله مطلقا : أىسواء أخذ منه بدله ورده إليه أم لا (قوله وعليه) أى كلام الإمام (قوله ينفسخ مطلقا) أى سواء دفع بدله ليكون مال قراض أم لا ، وفى صورة دفع البدل إنما يصير قراضا بعقد جديد .

(فصل) فى بيان أن القراض جائز من الطرفين

(قوله ولو فىغيبة الآخر) ومحل نفوده من العامل حيث لم يترتب عليه استيلاء ظالم على المال أو ضياعه وإلا لم ينفذ وينبغى أنه لاينفذمن المالك أيضا إن ظهرربح لما فيه من ضياع حصة العامل اه (قوله ويحصل بقول المالك)

إنما يملك بالقسمة أو بالظهور على القولين ولم يحصل واحد منهما (قوله وتعذره أخذه) عبارة الجلال بأن تعذر وهى أولى حتى يكون مثالا للتلف .

(فصل) فى بيان أن القراض جائز من الطرفين

أو أبطلته أو لاتتصرف بعد هذا ونحو ذلك وبإعتاقه وإيلاده واسترجاعه المال . فإن استرجع بعضه ففيما استرجعه وبإنكاره له حيث لاغرض وإلا فلا كالوكالة . وعليه يحمل تخالف الروضة كأصلها ، ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو باع ما اشتراه العامل للقراض لم يكن فسخا له لعدم دلالته عليه بل بيعه إعانة للعامل ، بخلاف بيع الموكل ما وكل فى بيعه . ويجوز للعامل بعد الفسخ بيع مال القراض عند توقعه ربحا كأن ظفر بسوق وراغب ولا يشترى لارتفاع العقد مع انتفاء حظه فيه (ولو مات أحدهما أو جن أو أغمى عليه انفسخ) العقد كالوكالة ، وللعامل الاستيفاء بعد موت المالك من غير إذن وارثه . ويمتنع ذلك على وارث عامل مات إلا بإذن المالك ولا يقرر ورثة المالك على العرض كما لايقرر المالك ورثة العامل عليه لأن ذلك ابتداء قراض وهو ممتنع على العرض ، فإن نض المال ولو من غير جنس المال جاز تقرير الجميع ، فيقول وارث المالك للعامل قررتك على ماكنت عليه مع قبوله ، والمالك لوارث العامل قررتك على ماكان مورثك عليه فيقبل ، وكالورثة وليهم وكالموت الجنون والإغماء ، فيقرر المالك بعد الإفاقة منهما أو ولى المجنون قبل الإفاقة . ويجوز التقرير على المال الناض قبل القسمة لجواز القراض على المشاع فيختص العامل بربح نصيبه ويشتركان فى ربح نصيب الآخر . مثاله المال مائة وربحها مائتان مناصفة وقرر العقد مناصفة فالعامل شريك الوارث بمائة ، فإن بلغ مال القراض ستمائة فلكل منهما ثلثمائة ، إذ للعامل من الربح القديم مائة وربحها مائة ورأس المال فى التقرير مائتان للوارث وربحهما مائتان مقسوم بينهما ، ولو قال البائع بعد فسخ البيع للمشترى قررتك على البيع فقبل صح بخلاف النكاح لما سيأتى من أنه لابد فيه من لفظ التزويج أو النكاح (ويلزم العامل الاستيفاء) لدين مال القراض وإن لم يكن ربح إن طلبه المالك . وصورة المسئلة أن المالك أذن له فى البيع بالدين ، وشمل كلامه وجوب تقاضى جميع الدين ربحا ورأس مال ، وبه صرح ابن أبى عصرون وابن الرفعة وتبعه السبكى ، وفرق بينه وبين التنضيض بأن القراض مستلزم لشراء العروض والمالية فيه محققة فاكتفى فيها بتنضيض قدر رأس المال فقط (إذا فسخ أحدهما)

أى حيث لاغرض فيما يظهر أخذا مما يأتى فى الإنكار اهـ حج (قوله ونحو ذلك) كنقضته ولا تبع ولا تشتر (قوله وبإنكاره) أى بنفس الإنكار (قوله ماوكل فى بيعه) شمل ذلك مالو قال له بع هذا واشتر لى بثمنه كذا ثم باع المالك ماوكل فى بيعه وقضيته أنه ليس للوكيل أن يشترى بالثمن الذى باع به المالك ما أذن للوكيل فى شرائه به ، ولو قيل بأنه إنما ينعزل فيما وكله فى بيعه لارتفاع محل الوكالة . ولا ينعزل عن الشراء بالثمن لم يبعد قياسا على عامل القراض (قوله ويجوز للعامل الخ) أى مالم ينهه المالك عنه (قوله أو جن أو أغمى عليه انفسخ) مقتضى تشبيهه بالوكالة عدم انعزاله بالجناية . قال الأذرعى : الظاهر ولم أره نصا أن عامل المحجور عليه إذا خان أو غش انعزل بخلاف عامل مطلق التصرف اهـ حواشى الروض . وقياس مامر للشارح من الوكيل عن المحجور عليه إذا فسق انعزل عن بقاء المال فى يده لا عن التصرف أنه هنا كذلك وأنه يفرق بين الابتداء والدوام (قوله وللعامل الاستيفاء بعد موت المالك) أى سواء كان ذلك بيع نسيئة بإذن المالك أو بيع حال ولم يقبض الثمن والمبيع باق فى يده ، أو لم يكن بأن خالف وسلمه قبل قبض الثمن (قوله من غير إذن وارثه) وقياس مامر من جواز بيع العامل بعد الفسخ حيث توقع ربحا جوازه هنا (قوله جاز تقرير الجميع) أى ورثة المالك وورثة العامل (قوله ويجوز التقرير) أى بأن يقول قررتك (قوله وقرر العقد) أى من جانب المالك أو وارثه (قوله مقسوم بينهما) أى الوارث والعامل (قوله ولو قال البائع الخ) ذكره لمناسبته للتقرير فى القراض (قوله فقبل) أى بأن قال قبلت (قوله أو النكاح) الأولى أن يقول الإنكاح (قوله تقاضى) أى استيفاء (قوله وفرق بينه وبين التنضيض) أى

أو هما أو انفسخ لأن الدين ناقص وقد أخذ منه ملكا تاما فليرد كما أخذ . ولو رضى المالك بقبول الحوالة جاز (وتنضيض رأس المال إن كان) مابيده عند الفسخ (عوضا) أو نقدا غير صفة رأس المال أى بيعه بالناض وهو نقد البلد الموافق لرأس المال حيث طلبه المالك وإن أبطله السلطان وإلا باع بالأغبط منه ومن جنس رأس المال فإن باع بغير جنسه حصل به جنسه ، ولو قال ربّ المال لا أتق به جعل مع يده يد فى أوجه الوجهين لأن الائتمان انقطع بالفسخ ، وظاهر كلامهم أنه لاينعزل حتى ينض المال ويعلم به المالك . أما إذا لم يطلب المالك ذلك فلا يجب إلا أن يكون المال المحجور عليه وحظه فى التنضيض فيجب ، ولو قال له المالك لاتبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضا أجيب . وكذا لو رضى بأخذ العروض من العامل بالقيمة لم يزد راغب كما جزم به ابن المقرى ، فلوحدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر ، وخرج بقدر رأس المال الزائد عليه فلا

حيث لم يجب فيه تنضيضه مازاد على رأس المال (قوله لأن الدين ناقص) أى لأنه قد يجىء وقد لا (قوله وقد أخذ) أى العامل وقوله منه أى المالك (قوله ولو رضى المالك بقبول الحوالة جاز) فيه مسامحة لأن الدين للقراض ملك المالك ، فالمراد من الحوالة الرضا ببقاء الدين فى ذمة من هو عليه (قوله وإلا باع) أى وإن لم يطلبه المالك ، ولم يذكر حج قوله حيث طلبه المالك بل اقتصر على قوله الموافق لرأس المال وإن أبطله السلطان وإلا الخ ، فأفاد أن التقدير فى قوله وإلا : أى وإلا يكن نقد البلد موافقا لجنس رأس المال فيحمل قول الشارح وإلا على ماذكره حج ، ويدل له قوله بعد أما إذا لم يطلب المالك الخ (قوله جعل من يده يد) وينبغى أن أجرة ذلك على المالك لأنه لغرض نفسه ، ويوافقه ما سيأتى فى عامل المساقاة من أنه لو ظهرت عليه ريبة ولم تثبت خيانته فضم إليه المالك مشرفا كانت أجرته على المالك (قوله وظاهر كلامهم الخ) هذا قد يخالف قوله السابق لكل فسخه متى شاء ولو فى غيبة الآخر اللهم إلا أن يحمل ذاك على مالو كان المال منضضا وعلم به المالك ثم غاب وعزل العامل نفسه فى غيبته وما هنا على خلافه (قوله أما إذا لم يطلب المالك الخ) وعليه فلو كان المالك اثنين وطلب أحدهما التنضيض والآخر عدمه فهل يجاب الأول أو الثانى ؟ فيه نظر ، وينبغى أن يقسم المال عروضا فما يخص من طلب العروض يسلم له وما يخص من طلب التنضيض يباع ويسلم له جنس رأس المال (قوله بتقويم عدلين) قضيته أنه لايكتفى بتقويم رجل وامرأتين ، ويوافقه ما مر فى الغصب عن العباب وهذا ظاهر فى الأعيان ، وأما إذا كانت ديونا فما طريق قسمة ذلك ، ويحتمل أن يقال : إن تراضى العامل والمالك على تعين بعض الديون للعامل وبعضها للمالك فذاك ، وإلا رفعا الأمر للحاكم فيستوفيها ويقسم الحاصل عليهما وعلى التراضى يكون ذلك

(قوله ولو رضى المالك بقبول الحوالة) أى الحوالة الصورية (قوله مابيده عند الفسخ) أى مابيده حسا أو حكما ليشمل مافى الذمم (قوله حيث طلبه) يعنى أصل التنضيض فهو قيد للمتن . وكان الأولى تقديمه عقب المتن أو تأخيره ليذكره قبيل قوله ولو قال ربّ المال لا أتق الخ (قوله وإلا) أى بأن كان نقد البلد غير موافق لرأس المال (قوله فإن باع بغير جنسه) أى ولم يكن نقد البلد الذى باع به أغبط أخذا مما قبله (قوله وظاهر كلامهم أنه لاينعزل حتى ينض المال) أى ولا ملازمة بين الانفساخ والانعزال فليتأمل (قوله ويعلم به المالك) انظر مافائدته هنا (قوله وكذلك لو رضى بأخذ العروض من العامل بالقيمة) هو عين ماقبله كما يعلم من شرح الروض وغيره ، فإن الذى فى الروض هو هذا المذكور فى قوله وكذلك لو رضى الخ وصوّره شارحه بالصورتين المتقدمتين فهما صورتان لهذا الحكم الكلى لاقسيمان له ومن ثم اقتصر عليهما فى التحفة . وعبارة الروض وشرحه : ولو رضى المالك بأخذ العروض منه بالقيمة بأن قال له لاتبع وتقسم العروض بتقويم عدلين أو أعطيك قدر نصيبك ناضا

يلزمه تنضيضه ، بل هو عرض اشترك فيه اثنان لايكلف أحدهما بيعه : نعم لو كان بيع بعضه ينقص قيمته كالعبد لزمه تنضيض الكل كما بحثه فى المطلب لما فى التشقيص من التنقيص ، وفى كلام ابن أبى هريرة وصاحب الإفصاح مايؤيده (وقيل لايلزمه التنضيض إن لم يكن ربح) لأنه لايحسن تكليفه العمل إلا لفائدة له ويرد بأنه وطن نفسه على ذلك مطلقا (وإذا استرد المالك بعضه) أى مال القراض (قبل ظهور ربح وخسران رجع رأس المال إلى الباقى) لأنه لم يترك فى يده غيره فصار كما لو اقتصر فى الابتداء على إعطائه له (وإن استرد) المالك بعضه بغير رضا العامل أو برضاه وصرحا بالإشاعة أو أطلقا (بعد الربح فالمسترد شائع ربحا ورأس مال) على النسبة الحاصلة من مجموع الأصل والربح لأنه غير مميز ، ويستقر ملك العامل على ماخصه من الربح فلا ينفذ تصرف المالك فيه ولا يسقط بخسر وقع بعده (مثاله رأس المال مائة)من الدراهم (والربح عشرون) منها (واسترد) المالك من ذلك (عشرين فالربح) فى هذا المثال (سدس) جميع (المال) وهو مشترك بينهما (فيكون المسترد سدسه) بالرفع بخطه وهو ثلاثة دراهم وثلث (من الربح فيستقر للعامل المشروط منه) وهو درهم وثلثان إن شرط نصف الربح (وباقيه من رأس المال) فيعود رأس المال إلى ثلاثة وثمانين وثلث ، فلو عاد ما فى يده إلى ثمانين لم تسقط حصة العامل بل يأخذ منها درهما وثلثى درهم ويرد الباقى ، واستشكال الأسنوى تبعا لابن الرفعة استقلاله بأخذ ذلك بأنه يلزم من شيوع المسترد بقاء حصته فيه إن بقى وإلا ففى ذمة المالك فلا تتعلق بالمال إلا بنحو رهن ولم يوجد حتى لو أفلس المالك لم يتقدم به العامل بل يضارب مردود بأن المالك لما تسلط باسترداد ما علم للعامل فيه جزء مكن العامل من الاستقلال بأخذ مثله ليحصل التكافؤ بينهما ، وخرج بقولنا بغير رضا العامل إلى آخره استرداده برضاه فإن قصد الأخذ من رأس المال اختص به أو من الربح اختص به ، وحينئذ يملك العامل مما فى يده قدر حصته على الإشاعة . وإن لم يقصدا شيئا حمل على الإشاعة ، ونصيب العامل قرض للمالك لا هبة كما رجحه فى المطلب

كالحوالة ؛ فإن تعذر على أحدهما استيفاء ماعين له من الديون لم يرجع على صاحبه ، كما لو تعذر على المحتال الأخذ من المحال عليه لايرجع على المحيل . ويقسم كل واحد من الديون بالمحاصة على حسب مايخص كلا منهما أصلا وربحا (قوله لايكلف أحدهما بيعه) أى بل يقتسمانه إن شاءا أو يبيعانه معا (قوله لزمه تنضيض الكل) معتمد (قوله فيكون المسترد سدسه) مبتدأ خبره قوله من الربح (قوله فلا تتعلق) أى الحصة (قوله اختص به وحينئذ)وينبغى أن له الاستقلال بأخذه مما فى يده كما تقدم اهـ سم على حج (قوله وإن لم يقصدا شيئا) لايقال : هذه عين الإطلاق السابق . لأنا نقول : المراد هنا أنهما قصدا أنه من الربح ، ولكن لم يريدا أنه من خصوص حصة المالك ولا العامل فتنزل على أنها من الربح شائعا ، لكن فى حج مانصه : فإن لم يقصد أحد ذينك : أى رأس المال

ولم يزد راغب فيها أجيب انتهت (قوله فلا ينفذ تصرف المالك فيه) قال الشهاب ابن قاسم : أى فى المسترد كما هو صريح عبارته ، ثم قال : وهذا شامل للاسترداد برضاه مع إطلاقهما أو قصد الإشاعة كما يصرح به إدخال ذلك فى تصوير المسئلة ، وفيه بحث لما سيأتى عن المطلب أنه قرض حينئذ فكيف يحكم بأنه قرض للمالك ويمنع تصرفه فيه ، ولهذا لم يذكر فى شرح الروض عدم نفوذ تصرفه إلا فى الاسترداد بغير رضاه فليتأمل انتهى (قوله استرداده برضاه) قال الشهاب ابن قاسم : فيه إطلاق الاسترداد بالرضا ثم تفصيله بما بعده ، مع أن من جملة قوله المذكور الذى خرج هذا به بعض أقسام الاسترداد بالرضا ، فكان حق التعبير أن يقول : استرداده برضاه وقصد الخ فتأمل انتهى . وما فى حاشية الشيخ من محاولة عدم التكرار يحتاج إلى تأمل

ونقله الأسنوى وأقره (وإن استرد) المالك (بعد الخسران فالخسران موزع على المسترد والباقى فلا يلزم جبر حصة المسترد لو ربح بعد ذلك . مثاله المال مائة والخسران عشرون ثم استرد عشرين فربع العشرين حصة المسترد ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين) لأن الخسران إذا وزع على الثمانين خص كل عشرين خمسة فالعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكر ، فلو ربح بعد قسم بينهما على ماشرطاه (ويصدق العامل بيمينه فى قوله لم أربح) شيئا أصلا (أو لم أربح إلا كذا) عملا بالأصل فيهما ، ولو أقر بربح قدر ثم ادعى غلطا فى الحساب أو كذبا لم يقبل لأنه أقر بحق لغيره فلم يقبل رجوعه عنه . نعم له تحليف المالك وإن لم يذكر شبهة ويقبل قوله بعد خسرت إن احتمل كأن عرض كساد كما قاله القاضى الحسين (أو اشتريت هذا للقراض) وإن كان خاسرا (أولى) وإن كان رابحا حيث وقع العقد على ما فى الذمة لأنه مأمون وهو أدرى بقصده ، أما لو كان الشراء بعين مال القراض فإنه يقع للقراض وإن نوى نفسه كما قاله الإمام وجزم به فى المطلب . والأوجه كما قاله جمع متقدمون عدم قبول بينة المالك أنه اشتراه بمال القراض لأنه قد يشترى لنفسه بمال القراض عدوانا فلا يصح البيع (أو لم تنهنى عن شراء كذا) كأن اشترى سلعة فقال نهيتك عن شرائها فقال العامل لم تنهنى فيصدق العامل وتكون للقراض لأن الأصل عدم النهى . أما لو قال المالك لم آذنك فى شراء كذا فقال العامل بل أذنت لى فالمصدق المالك (و) يصدق العامل بيمينه أيضا (فى) جنس أو (قدر رأس المال) وإن كان هنا ربح لأن الأصل عدم دفع زيادة إليه . فلو قارض اثنين على أن نصف الربح له والباقى بالسوية بينهما فربحا وأحضرا ثلاثة آلاف فقال المالك رأس المال ألفان وصدقه أحدهما وأنكر الآخر وحلف أنه ألف فله خمسمائة لأنها نصيبه بزعمه وللمالك ألفان عن رأس المال لاتفاقه مع المعترف عليه وله ثلثا خمسمائة عن الربح والباقى منها للمقر لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك من الربح مثلا ما يأخذه كل من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف ولو أحضرا ألفين أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به لأنه نصيبه بزعمه والباقى يأخذه المالك صرح به فى الروضة (و) فى (دعوى التلف) على التفصيل الآتى فى الوديعة لأنه

والربح حمل على الإشاعة كما مر اه . وظاهر فى أن المراد بالإطلاق هنا مامر ، وحينئذ فيشكل قوله ونصيب العامل قرض بما مر من أنه لاينفذ تصرف المالك عند الإطلاق فى حصة العامل الصريح فى أن ذلك ليس قرضا ، فإنه لو كان كذلك لم يمتنع على المالك التصرف فيه فليتأمل . ويجاب عنه بأن ماسبق بغير إذن من العامل بخلاف ماهنا فإنه بإذن منه (قوله فربع العشرين الخ) أى من الخسران أى فكأنه استرد خمسة وعشرين (قوله ويقبل قوله بعد) أى بعد قوله ربحت كذا خسرت الخ (قوله أما لو كان الشراء بعين مال القراض) أى بعينه ، وحينئذ فلا يعمل فى صحة العقد للمالك مع قول العامل اشتريت لنفسى ولا بقول العامل مع وجود البينة فبطل العقد اه مؤلف (قوله فإنه يقع للقراض) أى حيث اتفقا على ذلك ، وقوله عدم قبول بينة المالك أى حيث اختلفا فيما حصل به الشراء فلا تخالف بين هذه وما بعدها وهذا هو حاصل ماذكرناه عن المؤلف فى المحلين (قوله بمال القراض) وهذا لا اختلاف ، فإن اختلفا واشترى بعين المال تعديا لم يصح الشراء اه مؤلف (قوله أو لم تنهنى الخ) أى وقد أذنه فى شرائه ثم ادعى أنه نهاه عنه كما صور به فى شرح الروض اه سم على منهج ويصرح بهذا التصوير قول الشارح بعد : أما لو قال المالك لم آذنك فى شراء كذا الخ (قوله فله خمسمائة) أى للحالف (قوله وله ثلثا خمسمائة) أى للمالك (قوله ولو أحضر) أى العامل (قوله والباقى يأخذه المالك) أى ولا شىء للمقر (قوله على التفصيل الآتى فى الوديعة) ومنه أنه إذا لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفيا صدق بيمينه ، لكن هل من السبب الخفى ما لو ادعى موت الحيوان أم لا ، بل هو من الظاهر لإمكان إقامة البينة عليه فيه نظر ، ولا يبعد أنه إن غلب حصول

أمين ومن ثم ضمن بما تضمن به كأن خلط مال القراض بما لايتميز به ، ومع ضمانه لاينعزل كما مرّ فيقسم الربح على قدر المالين . نعم لو أخذ مالا لا يمكنه القيام به فتلف بعضه ضمنه كما نص عليه البويطى واعتمده جمع متقدمون لأنه فرط بأخذه ، ويتعين طرده فى الوكيل والوديع والوصى وغيرهم من الأمناء كما قاله الزركشى كالأذرعى ، وبحث أيضا أنه لو كان القراض لغير الدافع دخل المال فى ضمان العامل بمجرد أخذه ، وشمل كلام المصنف مالو ادعى تلفه ثم اعترف ببقائه ثم ادعى تلفه،ولو ادعى المالك بعد تلف المال أنه قرض والعامل أنه قراض صدق المالك بيمينه كما جزم به ابن المقرى وجرى عليه القمولى فى جواهره وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا للبغوى وابن الصلاح إذ القاعدة أن من كان القول قوله فى أصل الشىء فالقول قوله فى صفته مع أن الأصل عدم الائتمان الدافع للضمان . وقال فى الخادم : إنه الظاهر لأن القابض يدعى سقوط الضمان عنه مع اعترافه بأنه قبض . والأصل عدم السقوط ، ويشهد لذلك قول الشيخين قبل ذلك إنه لو ادعى العامل القراض والمالك التوكيل صدق المالك بيمينه : أى ولا أجرة للعامل . نعم لو أقاما بينتين فالظاهر تقديم بينة العامل لزيادة علمها . وقولهما أيضا لو اختلف مالك الدابة وراكبها فقال المالك أجرتكها وقال الراكب أعرتنيها صدق المالك ، فإن أقاما بينتين قدمت بينة المالك فى أوجه الوجهين لزيادة علمها . أما لو كان المال باقيا وقال المالك دفعته قراضا فلى حصة من الربح وقال الآخذ أخذته قرضا صدق الآخذ بيمينه والربح له وبدل القرض فى ذمته ، ولا يقبل قوله فى دفع المال لربه إلا ببينة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى (وكذا) يصدق فى (دعوى الرد فى الأصح) لأنه ائتمنه كالوكيل ، وكل أمين ادعى الرد على من ائتمنه صدق بيمينه إلا المكترى والمرتهن . والثانى لا كالمرتهن والمستأجر ، وفرق الأول

العلم بموته لأهل محلته كموت جمل فى قرية أو حلة كان من الظاهر فلا يقبل قوله إلا ببينة ، وإلا كأن كان ببرية أو كان الحيوان صغيرا لايعلم موته عادة كدجاجة قبل قوله لأنه من الخفى (قوله بما لايتميز به) أى بسبب الخلط (قوله لاينعزل كما مر) أى فى قوله بعد قول المصنف ولا يسافر الخ ، وقد قال الإمام : لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم ينعزل ، لكن قد يشكل عدم الانعزال هنا بما مرّ فى الغصب من أنه إذا خلط مال غيره بماله ولم يتميز يكون كالتالف ويملكه الغاصب ، ومقتضى ملكه له وكونه كالتالف انعزاله ، إلا أن يقال : لما كان له الإعطاء من المخلوط نزل منزلة الباقى فليتأمل (قوله والأصل عدم السقوط) يؤخذ من هذا التعليل أن المالك لو ادعى أنه باعه وسلمه العين عن جهة البيع وادعى الآخذ الوكالة صدق المالك لأن الآخذ اعترف بالقبض وادعى الائتمان والأصل عدمه . ولكن لايستحق المالك على الآخذ الثمن الذى ذكره ، لأنه إنما صدّق فى عدم الائتمان وهو لايستلزم ثمنا يكون فى ذمة الآخذ بل إنما يستحق عليه البدل الشرعى من مثل أو قيمة (قوله فإن أقاما بينتين) أى فى هذه الصورة وفى دعوى العامل القراض والمالك التوكيل،وقوله لزيادة علمها:أى بوجوب الأجرة،كذا قرره مر اه سم على حج وهو فى التى قبلها مخالف لما تقدم فى كلام الشارح من تقديم بينة العامل (قوله والربح له)

(قوله فتلف بعضه) أى بعد عمله فيه كما هو نص البويطى ، ولفظه : وإذا أخذ مالا لايقوى مثله على عمله فيه ببدنه فعمل فيه فضاع فهو ضامن لأنه مضيع انتهى. وبه يتضح بحث الأذرعى الآتى فى قول الشارح : وبحث الأذرعى أيضا الخ (قوله لأنه فرط بأخذه) الأصوب ماعلل به الشافعى رضى الله عنه فى نصه السابق من قوله لأنه مضيع (قوله إذ القاعدة أن من كان القول قوله فى أصل الشىء الخ) انظر ما وجه أخذه من هذه القاعدة (قوله نعم لو أقاما بينتين) أى فى هذه الصورة وفى دعوى العامل القراض والمالك التوكيل ، وقوله زيادة علمها

بأن العامل إنما أخذ العين لمنفعة المالك وانتفاعه هو بالعمل فيها لابها بخلاف المرتهن والمستأجر (ولو اختلفا فى المشروط له) أهو الربع أم الثلث مثلا (تحالفا) لاختلافهما فى عوض العقد. مع اتفاقهما على صحته فأشبه اختلاف المتبايعين (وله أجرة المثل) لتعذر رجوع عمله إليه فوجب له قيمته وهو الأجرة وللمالك جميع الربح ، ولا ينفسخ العقد بالتحالف نظير مامر فى بابه ، ولو كان القراض لمحجور عليه ومدّعى العامل دون الأجرة فلا تحالف كنظيره فى الصداق ، ولو اشترى العامل ولو ذميا مايمتنع بيعه كخمر أو أم ولد وسلم للبائع الثمن ضمن وإن كان جاهلا أو قارضه ليجلب من بلدة إلى أخرى لم يصح لأنه عمل زائد على التجارة ، ولو اشترى بألفين لقارضين له رقيقين فاشتبها عليه وقعا له وغرم لهما الألفين لتفريطه بعدم الإفراد لاقيمتهما ، ولو دفع له مالا وقال إذا متّ فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لغا فيمتنع تصرفه بعد موته للتعليق وارتفاع القراض بالموت لو صح ، وإن مات العامل واشتبه مال القراض بغيره فكالوديع يموت وعنده الوديعة واشتبهت بغيرها وسيأتى فى بابه ، وإن جنى عبد القراض فهل يفديه العامل من مال القراض كالنفقة عليه أولا ؟ وجهان أصحهما نعم .

كتاب المساقاة

لما كانت شبيهة للقراض فى العمل فى شىء ببعض نمائه وجهالة العوض وللإجارة فى اللزوم والتأقيت جعلت بينهما . وهى مأخوذة من السقى بفتح السين وسكون القاف المحتاج إليه فيها غالبا ، لاسيا بالحجاز فإنهم يسقون من الآبار لأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة ، وهى معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته . والأصل فيها قبل الإجماع « معاملته صلى الله عليه وسلم يهود خيبر على نخلها وأرضها بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع » رواه الشيخان

أى جميعه (قوله أهو الربع أم الثلث) أى مثلا (قوله ولا ينفسخ) أى وإنما ينفسخ بفسخهما أو أحدهما أو الحاكم (قوله لم يصح) أى بأن وقع ذلك فى صلب العقد . أما لو قارضه وأطلق ثم أذن فى السفر لم يمتنع ، وقد تقدم أنه لاينعزل بالسفر ولو بلا إذن (قوله ولو دفع له مالا وقال الخ) هذه الصورة تقدمت فى كلامه عند قول المصنف ولا يشترط بيان مدة القراض (قوله وغرم لهما) أى المقارضين (قوله أصحهما نعم) خلافا لشرح الروض ، وعليه فيحسب من الربح إن كان وإلا فمن رأس المال .

كتاب المساقاة

(قوله وسكون القاف) ع ، وقيل من السقّى بكسر القاف وتشديد الياء وهى صغار النخل اه سم على منهج (قوله لأنه أنفع أعمالها) علة لقوله مأخوذة من السقى . والمراد أن فعل العامل ليس قاصرا على السقى لكنه لما كان أنفع أعمالها أخذت منه (قوله وهى) أى اصطلاحا (قوله على تعهد شجر) عبر به دون النخل والعنب مع عدم صحتها على غيرهما ليتأتى التعريف على الجديد والقديم الآتيين (قوله على نخلها وأرضها) هذا ظاهر فى أنها فتحت

أى بوجوب الأجرة ، كذا نقله الشهاب ابن قاسم عن تقرير الشارح (قوله ولا ينفسخ العقد بالتحالف) أى بل يفسخانه أو أحدهما أو الحاكم (قوله ولو دفع له مالا وقال إذا مت فتصرف الخ) هذه تقدمت فى كلامه .

كتاب المساقاة

(قوله لما كانت شبيهة بالقراض) تقدم هذا أول القراض أيضا

والحاجة داعية إليها ، والإجارة فيها ضرر بتغريم المالك حالا مع أنه قد لا يطلع شئ . وقد يتهاون الأجير فى العمل لأخذ الأجرة ، وبالغ ابن المنذر فى رد مخالفة أبى حنيفة رضى الله عنه فيها ، ومن ثم خالفه صاحباه، وزعم أن المعاملة مع الكفار تحتمل الجهالات مردود بأن أهل خيبر كانوا مستأمنين . ولها ستة أركان : عاقدان ، ومورد ، وعمل ، وثمر ، وصيغة ، وكلها مع شروطها تعلم من كلامه (تصح من) مالك وعامل.(جائز التصرف) لنفسه كما قاله الشارح رادّا به دعوى شمول جائز التصرف للولىّ فى مال محجوره فيكون مكررا وهو الذى لا حجر عليه المختار دون غيره كالقراض (و) تصح (لصبىّ ومجنون) وسفيه من وليهم (بالولاية) عليهم عند المصلحة للحاجة إلى ذلك ولبيت المال وفى مال من لا يعرف مالكه من الإمام وللوقف من ناظره وفى مال الغائب كما قاله الزركشى قال : ومقتضى كلام الماوردى أنه ليس لعامل القراض المساقاة ، فإن عمله فى حق المالك لا فى حق نفسه بخلاف المساقى ، وأفتى ابن الصلاح بصحة إجارة ولىّ لبياض أرض موليه بأجرة هى مقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم مساقاة المستأجر بسهم للمولى عليه من ألف سهم بشرط أن لا يعدّ ذلك عرفا غبنا فاحشا فى عقد المساقاة بسبب

عنوة (قوله لأخذ الأجرة) أى لسبب الخ أو مع (قوله مردود) يتأمل هذا الرد اهـ سم على حج : أى فإن كونهم مؤمّنين لا يخرجهم عن الكفر . وقد يجاب بأن مراد الشارح أن أمانهم ألحقهم بالمسلمين ، والمعنى أنا لا نسلم أن معاملة الكفار تحتمل الجهالات مطلقا بل ذلك خاص بالحربيين (قوله تصح من مالك وعامل) .

[فرع] لو كان العامل صبيا لم تصح وله أجرة المثل ، ويضمن الصبى بالإتلاف لا بالتلف ولو بتقصير لأنه لم يسلطه على الإتلاف مر اهـ سم على حج . ومعلوم أن الكلام فيما لو عقد الصبى بنفسه ، أما لو عقد له وليه فينبغى الصحة حيث رأى فى ذلك مصلحة له كما يجوز له إيجاره للرعى مثلا ، وقد يشمله قول المصنف الآتى وتصح لصبى بأن يراد أعم من أن يكون فى ماله أو فى ذاته ليكون عاملا (قوله جائز التصرف) أى من كل منهما (قوله من الإمام) أى أو نائبه ، وعليه فلو تبين المالك بعد ذلك هل يصح التصرف أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن الإمام نائب المالك ، ثم إن كانت الثمرة باقية أخذها وإلا رجع على بيت المال (قوله وفى مال الغائب) أى من الإمام أو نائبه(قوله لا فى حق نفسه) ظاهره وإن ظهر فى المال ربح ، ويوجه بأن العامل إنما يملك حصته بالقسمة لا بالظهور . على أنا لو قلنا يملك بالظهور فهو ملك غير مستقر لأنه لو عرض خسر جبر من الربح (قوله بخلاف المساقى) أى فإن عمله بسبب مال نفسه وهو الثمر المشترك بينه وبين المالك سواء كانت المساقاة على

(قوله مردود بأن أهل خيبر كانوا مستأمنين) أى والمعاملة إنما تحتمل الجهالات مع الحربيين (قوله رادا به دعوى شمول جائز التصرف للولى الخ) وجه الرد من ذلك الذى فهمه الشارح كما يعلم من حله الآتى أن جائز التصرف وإن كان شاملا فى حد ذاته للولىّ إلا أنه أريد به هنا ماقابل الولىّ بدليل مقابلة المصنف له بصحتها من الولى الذى أشار إليه بقوله ولصبى ومجنون بالولاية فهو عام أريد به الخصوص ، وهو مجاز لعلاقة الكلية والجزئية والقرينة عليه المقابلة التى قررناها ،هذا حاصل كلام الشارح هنا . والظاهر أن هذا ليس مراد الجلال بل مراده من ذلك تسليم أن قول المصنف جائز التصرف شامل للولى وأنه باق على عمومه لكن قول المصنف ولصبىّ ومجنون ليس معطوفا على قوله من جائز التصرف بل هو معطوف على محذوف وهو الذى قدره من قوله لنفسه وهو متعلق بتصح وتقدير الكلام حينئذ : تصح من جائز التصرف وصحتها منه لا فرق فيها بين كونها لنفسه بلا وقاية وبين كونها لصبى ومجنون بالولاية ، وحينئذ فحق الحل للمتن أن يقال : تصح من جائز التصرف لنفسه : أى بلا ولاية ،وتصح منه لصبى ومجنون وسفيه بالولاية عليهم. واعلم أن لنفسه على ما فهمه الشارح متعلق بالتصرف فتأمل (قوله فإن عمله فى حق المالك) مراده بعمله معاملته للغير : أى مساقاته التى الكلام فيها وإلا فهو لا عمل له فى الثمرة (قوله بشرط أن لا يعدّ ذلك عرفا غبنا فاحشا) انظر ما فائدة هذا الشرط مع أن الصورة أن الأجرة تفى بمنفعة الأرض وبقيمة الثمر إلا أن يكون الحال

انضمامه لعقد الإجارة ، وكونه نقصا مجبورا بزيادة فى الأجرة موثوق بها عادة . ورد البلقينى له بما حاصله أنهما صفقتان متباينتان فلا تنجبر إحداهما بالأخرى مردود كما قاله الولى العراقى بأنه لم يزل يرى عدول النظار والقضاة والفقهاء ، يفعلون ذلك ويحكمون به . وبأنهم اغتفروا الغبن فى أحد العقدين لاستدراكه فى الآخر لتعين المصلحة فيه المترتب على تركها ضياع الشجر والثمر (وموردها النخل) ولو ذكورا كما اقتضاه إطلاقه وصرح به الخفاف ؛ وقد ينازع فيه بأنه ليس فى معنى المنصوص عليه وبأنه بناه على اختياره للقديم الآتى (والعنب) للنص فى النخل ، وألحق به العنب بجامع وجوب الزكاة وتأتى الخرص ولم يعبر بالكرم بدل العنب لورود النهى عن تسميته به ؛ والأصح تفضيل الرطب على العنب خلافا للريمى فى التحفة (وجوزها القديم فى سائر الأشجار المثمرة) كتين وتفاح لوروده فى الخبر من ثمر أو زرع ولعموم الحاجة ، واختاره المصنف فى تصحيح التنبيه ، والجديد المنع لأنها رخصة فتختص بموردها وعليه تمتنع فى المقل كما صححه المصنف ، وتصح على أشجار مثمرة تبعا للنخل

عينه أو ذمته فإن الثمر فى كل منهما مشترك بينهما ، ثم إن كانت المساقاة على عينه لا يساقى غيره أو على ذمته جاز كما يأتى ، والمراد بكونه عمل فى مال نفسه كما تقدمت الإشارة إليه أن الحامل له على العمل مايتوقعه من المال ؛ فلا يرد أن الثمرة قد لا تكون موجودة عند العقد فيكون عمله فى مدة عدم الثمرة فى مال المالك (قوله موثوق بها عادة) دفع به ماقد يقال : قد يعرض مايوجب انفساخ عقد الإجارة (قوله ويحكمون به) أى فصار كالمجمع عليه (قوله وبأنهم اغتفروا الغبن) قد يقال : إن كان الحال بحيث لو لم ينضم أحد العاقدين إلى الآخر يحصل من مجموعهما أكثر مما يحصل مع الانضمام . فالوجه امتناع ماذكره ابن الصلاح ، وإن كان بحيث لو لم يحصل هذا الضم حصل أقل أو تعطل أحد العقدين ولم يرغب فيه فالوجه جواز ماذكر بل وجوبه ، وقد يشير إلى ذلك قوله لتعين المصلحة الخ فليتأمل اهـ سم على حج (قوله وصرح به الخفاف) هو صاحب الخصال الذى ذكره ابن حجر (قوله بأنه ليس فى معنى المنصوص عليه) كأن وجه هذا النفى أنه لا يوجد فيه وجوب الزكاة وإمكان الخرص ، إلا أن يقال : هذا باعتبار مامن شأنه باعتبار الجنس ويدعى شمول الثمر فى لفظ النص لطلع الذكور ، وحينئذ لا يلزم بناء هذا على القديم اهـ سم على حج (قوله لورود النهى عن تسميته به) أى لأن الكرم هو الرجل المؤمن ، وعبارة سم على منهج : صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن تسميته كرما وقال : إنما الكرم الرجل المؤمن . قيل : وجه النهى أن تسميتها بذلك من حيث إن الخمر منها يحمل على الكرم وهذه الصفة ينبغى أن تكون للمؤمن . وقال الزمخشرى : وجه النهى قوله تعالى ـ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ـ (قوله تفضيل الرطب على العنب) انظر معنى الأفضلية فى هذا ونحوه من الذوات التى ليست محلا لعمل يترتب عليه ثواب أو عقاب (قوله الثمرة) لعل المراد على هذا أن من شأنها أن تثمر وإن لم تكن الثمرة موجودة كما فى النخل (قوله من ثمر أو زرع) قد يدفع بأن قوله فى الخبر من ثمر أو زرع بعد قوله على نخلها مصروف لثمر النخل فليتأمل اهـ سم على حج (قوله فتختص بموردها) هذا يقتضى منع القياس على الرخص والصحيح خلافه كما فى جمع الجوامع اهـ سم على حج . أقول :

يختلف فى المساقاة بين أن تقع منضمة إلى إجارة الأرض وبين أن تقع منفردة فتأمل (قوله من ثمر أو زرع) انظره مع أن صدر الخبر على نخلها وأرضها ، ثم رأيت الشهاب ابن قاسم سبق إلى التوقف فى ذلك (قوله لأنها رخصة) قال الشهاب ابن قاسم فى رده : لدليل القديم نظر لأنه استدل بعموم الثمر فى الخبر لا بالقياس ، وقوله فتختص بموردها .قد يقال : يرد عليه قياس العنب ، إلى أن قال : على أن حاصل كلام جمع الجوامع أن الصحيح جواز

والعنب إذا كانت بينهما وإن كثرت ، وإن قيدها الماوردى بالقليلة ، وشرط الزركشى بحثا تعذر إفرادها بالسقى نظير المزارعة ، وعليه فيأتى هنا جميع ما يأتى من اتحاد العامل وما بعده . ويشترط كون المعقود عليه مرئيا معينا فلا تصح على غير مرئى ولا على منبهم كإحدى الحديقتين ، ولا يأتى فيه خلاف إحدى الصرتين السابق للزوم المساقاة (ولا تصح المخابرة) على ما حكى من اتفاق المذاهب الأربعة (وهى عمل الأرض) أى المعاملة عليها كما فى المحرر وعبر به فى الروضة (ببعض مايخرج منها والبذر من العامل ولا المزارعة ، وهى المعاملة والبذر من المالك) للنهى الصحيح عنهما ولسهولة تحصيل منفعة الأرض بالإجارة ، واختار جمع جوازهما وتأولوا الأخبار على مالو شرط لواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى ، واستدلوا بعمل عمر رضى الله عنه وأهل المدينة . ويرد بأنها وقائع فعلية تحتمل فى المزارعة لكونها تبعا وفيها وفى المخابرة لكونها إحدى الطرق الآتية . ومن زارع على أرض بجزء من الغلة فعطل بعضها لزمه أجرته على ما أفتى به المصنف ، لكن غلطه فيه التاج الفزارى وهو الأوجه ، ولو ترك الفلاح السقى مع صحة المعاملة حتى فسد الزرع ضمنه ، لأنه فى يده وعليه حفظه (فلو كان بين النخل) أو العنب

قول الشارح فيختص قد يشكل عليه مامر من قياس العنب على النخل ، فلعل المراد تختص بموردها ما لم يوجد مانع قوى كما مر فى قياس العنب من كونه زكويا ويتأتى الخرص فيه (قوله وعليه) أى الجديد (قوله فى المقل) أى الدوم (قوله إذا كانت بينهما) أى بين النخل أو العنب . قال شيخنا الزيادى فى قوله بعد ولو كان بين النخل الخ : أى بأن تشتمل الحديقة عليه وإن لم يحط به الشجر اهـ . ويأتى نظيره هنا (قوله فيأتى هنا جميع ما يأتى) منه كما سيأتى أن لايقدم المزارعة بأن يأتى بها عقب المساقاة فيشترط هنا أن تتأخر المساقاة عن تلك الأشجار عن المساقاة مع النخل والعنب ، فلو اشتمل البستان مع النخل والعنب على غيرهما فقال ساقيتك على أشجار هذا البستان لم يصح للمقارنة وعدم التأخير فليراجع سم على حج ، لكن قضية قول المتن الآتى وأن لايقدم المزارعة الصحة ولا ينافيه قول الشارح بأن يأتى بها عقبها الخ لجواز أن ذلك لمجرد التصوير لتعذر جمعهما فى عبارة واحدة لتغاير حقيقتهما ، بخلاف ماهنا إذ يجمع الكل الشجر . لكن قضية قول المنهج وقدمت المساقاة أن المقارنة ممتنعة وسيأتى عن سم مايشهد له (قوله ويشترط كون المعقود عليه مرئيا) أى فلو كان المالك أعمى وكل من يعقد عنه (قوله كإحدى الحديقتين) ظاهره وإن عينت فى المجلس ، وتفارق الصحة فى تعيين إحدى الصرتين بما سيشير إليه من لزوم المساقاة بخلاف القراض (قوله للنهى الصحيح) صيغة النهى الوارد فى المخابرة كما فى الدميرى نقلا عن سنن أبى داود « من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله » (قوله فعطل بعضها) أى بلا زرع (قوله وهو الأوجه) وخرج بالمزارعة المخابرة فيضمن وبه صرح حج اهـ . وكتب عليه سم كأن الفرق أن المخابرة فى معنى مستأجر الأرض فيلزمه أجرتها وإن عطلها ، بخلاف المزارع فإنه فى معنى الأجير على عمل فلا يلزمه شىء إذا عطل لأنه لم يستوف منفعتها ولا باشر إتلافها فلا وجه للزوم اهـ سم على حج (قوله حتى فسد الزرع) أى أو الثمرة (قوله ضمنه) هذا لايشكل على ما قاله التاج الفزارى ، لأن الأجير ثم لم يتعد ولم يفرط بما تفسد به العين التى فى يده ، غاية الأمر أنه ترك العمل الواجب عليه ، وهذا لايوجب ضمان أجرة ولا غيرها بخلافه هنا ، لأنه فرط

القياس فى الرخص خلافا لأبى حنيفة (قوله ويرد بأنها وقائع) أى وبأن فعل الصحابى وأهل المدينة ليس بحجة (قوله لكونها تبعا) الأولى إسقاط اللام ، والشهاب ابن حجر إنما ذكرها لأن عبارته : ويرد بأنها وقائع فعلية محتملة فى المزارعة لكونها تبعا الخ (قوله فعطل بعضها) يعنى العامل (قوله مع صحة المعاملة) أى بخلافه مع فسادها

(بياض) أى أرض لا زرع فيها ولا شجر (صحت المزراعة عليه مع المساقاة على النخل) أو العنب تبعا للمساقاة لعسر الإفراد وعليه حمل مامر من معاملة أهل خيبر على شطر الثمر والزرع (بشرط اتحاد العامل) أى لايكون من ساقاه غير من زارعه وإن كان متعددا لأن إفرادها بعامل يخرجها عن التبعية (وعسر) هو مراد من عبر كالروضة وأصلها بالتعذر كتعبير آخرين بعدم الإمكان ، ويؤيد ذلك قوله الآتى وإن كثير البياض كقليله فتعين حمل التعذر على ماقلناه (إفراد النخل بالسقى و) إفراد (البياض بالعمارة) أى الزراعة لأن التبعية إنما تتحقق حينئذ بخلاف تعسر أحدهما (والأصح أنه يشترط أن لايفصل) بضم أوّله وفتح ثالثه بخطه أى لايفصل العاقدان (بينهما) أى المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتى بهما على الاتصال لتحصل التبعية ، وأنه يشترط اتحاد العقد ، فلو قال ساقيتك على النصف فقبل ثم زارعه على البياض لم تصح المزارعة لأن تعدده يزيل التبعية . والثانى يجوز الفصل بينهما لحصولهما لشخص واحد (و) الأصح أنه يشترط (أن لاتقدم المزارعة) على المساقاة بأن يأتى بها عقبها إذ التابع لايتقدم على متبوعه . والثانى يجوز تقديمها وتكون موقوفة إن ساقاه بعدها بان صحتها وإلا فلا ، واشترط الدارمى بيان مايزرع لأنه شريك ، وبه فارق عدم اشتراط بيانه فى الإجارة (و) الأصح (أن كثير البياض) بأن اتسع مابين مغارس الشجر (كقليله) لأن الغرض تعسر الإفراد ، والحاجة لاتختلف ، والثانى لا لأن الكثير لايكون تابعا

فى العين التى عليه حفظها بترك السقى اهـ سم على حج (قوله وعليه حمل مامر الخ) لكن فيه أنه لم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم دفع لهم بذرا . وعليه فقصة خيبر إنما هى مخابرة ، وسيأتى أنها لاتصح تبعا ولا استقلالا . ويمكن أن يقال : الحديث سيق لأصل المساقاة فتثبت به . وأما كونه ظاهرا فى المخابرة فأجيب عنه بأنه يمكن حمله على المزارعة وأنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم بذرا وأمر من يعطيهم . والجواب يكفى فيه الاحتمال ويجعل هذا جوابا عن كونه مخابرة لايرد أنه لايصح جعله دليلا على جواز المزارعة لاستدلال الشارح على جوازها لعسر الإفراد (قوله على شطر الثمرة) أى نصفها . فنى المختار شطر الشىء نصفه . بخلاف تعسر أحدهما : أى كأن أمكن إفراد الأرض بالزراعة وعسر إفراد النخل بالسقى فلاتصح المزارعة تبعا ويتعين إفراد النخل بالمساقاة إن أرادها (قوله الأصح أنه يشترط أن لايفصل) قد يقال : اشتراط اتحاد العقد يغنى عن اشتراط عدم الفصل فليتأمل اهـ سم على حج : إلا أن يقال : المراد الفصل بكلام أجنبى أو نحوه بينهما (قوله فلو قال ساقيتك على النصف) صوابه على الشجر ليقابل قوله على البياض ، إلا أن يقال أراد بالنصف أحد النوعين (قوله أن لاتقدم المزارعة) قال سم على حج : فرع : لو أخرت المزارعة لكن فصل القابل فى القبول وقدمها كقبلت المزارعة والمساقاة لم يبعد البطلان . أقول : ويمكن شمول المتن لذلك بأن يقال : المراد أن لايقدم مايدل على المزارعة لا فى الإيجاب ولا فى القبول . وبقى مالو قدمها المالك وأجملها العامل كقوله قبلتهما بعد قول المالك ساقيتك وزارعتك والظاهر فيه الصحة لأن الضمير حكاية للظاهر قبله فكأنه قال قبلت المساقاة والمزارعة فهى مقدمة حكما فى كلامه وقبل أيضا .

[فرع] قال فى الروض : والمعاملة تشملهما : أى المزارعة والمساقاة ، فإن قال عاملتك على النخل والبياض بالنصف جاز . وكذا لو جعل أحدهما أقل أو شرط البقر على العامل اهـ . ويظهر أنه لو قال عاملتك على هذين

إذ لايلزمه عمل وقد بذر البذر بالإذن (قوله فلو قال ساقيتك على النصف) أى من ثمرة هذا الشجر المعين كما هو وضع المساقاة . فسقط ما فى حاشية الشيخ من قوله إن الصواب أن يقول على الشجر بدل قوله على النصف انتهى . على أن الأصوب ما فى الشرح لأن ما ذكره الشيخ ليس فيه بيان الجزء المشترط ولا بد منه كما مر ،

(و) الأصح (أنه لا يشترط تساوى الجزء المشروط من الثمر والزرع) فيجوز شرط نصف الزرع وربع الثمر مثلا للعامل ، لأن الزراعة إن كانت تابعة هى فى حكم عقد مستقل ، وكون التفاضل يزيل التبعية من أصلها ممنوع ، ويفرق بين هذا وإزالته لها فى بعتك الشجرة بعشرة ، والثمرة بخمسة ، حتى يحتاج قبل بدوّ الصلاح لشرط القطع على ما مرّ بأن الثمرة قبل بدوّه غير صالحة إجماعا لإيراد العقد عليها وحدها من غير شرط قطع ، فاحتاجت لمتبوع قوىّ ، ولا كذلك البياض هنا لما مر من جواز المزارعة مستقلة عند الأكثرين ، وقضية كلامهما أنه يلحق بالبياض فيما مرّ زرع لم يبد صلاحه . والثانى يشترط لما مر من أن التفاضل يزيل التبعية ، وقد تقدم ردّه (و) الأصح (أنه لا يجوز أن يخابر تبعا للمساقاة) لعدم ورود ذلك . والثانى تجوز كالمزارعة . وأجاب الأول بأن المزارعة فى معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيها إلا العمل بخلاف المخابرة فإنه يكون عليه البذر والعمل (فإن أفردت أرض بالزراعة فالمغل للمالك) لأنه نماء ملكه (وعليه للعامل أجرة عمله ودوابه وآلاته) إن كانت له وسلم الزرع لبطلان العقد ولا يمكن إحباط عمله مجانا ، أما إذا لم يسلم فلا شىء للعامل على ما أخذه من تصويب المصنف لكلام المتولى فى نظيره من الشركة الفاسدة فيما إذا تلف الزرع أنه لا شىء للعامل لأنه لم يحصل للمالك شىء . وردّ بأن قياسه على القراض الفاسد أقرب لاتحاد البابين فى أكثر الأحكام ، فالعامل هنا أشبه فى القراض من الشريك ، وكان الفرق بين العامل والشريك أن الشريك يعمل فى ملك نفسه فاحتيج فى وجوب أجرته لوجود نفع شريكه بخلاف العامل فى القراض والمساقاة ، أو أفردت بالمخابرة فالمغل للعامل لأن الزرع تابع للبذر وعليه أجرة مثل الأرض لمستحقها

مشيرا إلى النخل والبياض لم يصح لأن المقارنة تنافى التبعية كالتقدم : أى لما يزرع فليتأمل اهـ (قوله ويفرق بين هذا) قد يقال المزيل لها هنا ليس هو التفاضل بدليل الاحتياج إلى شرط القطع وإن تساوى الثمنان أو زاد ثمن الثمر كما هو الظاهر ، بل المزيل التفصيل للثمن الموجب لتعدد العقد اهـ سم على حج . ويمكن الجواب بأن المفاضلة مستلزمة لتفصيل مال العامل فكان كتفصيل الثمن فاحتيج للفرق المذكور (قوله وإزالته) أى التفاضل لها أى التبعية . (قوله فاحتاجت لمتبوع قوىّ) أى وهو الشجر بشرط أن لا يفرد الثمر بثمن (قوله فيما مر) أى فى الصحة تبعا (قوله وسلم الزرع) أى عن التلف لجميعه ، فلو تلف بعضه استحق من الأرض بقسط ما سلم ، ثم ظاهر اعتبار التلف أنه لو لم يتلف لكن وجد معيبا رديئا جدا بحيث يكون الحاصل منه تافها بالنسبة لما جرت به العادة فى تلك الأرض استحقاق العامل أجرة مثل عمله كاملة (قوله لاتحاد البابين) أى فقلنا باستحقاق العامل الأجرة فى البابين وإن لم يحصل ربح بخلاف الشركة الفاسدة (قوله لوجود نفع شريكه) أى وهو الربح ، فلو لم يحصل ربح فى الشركة الفاسدة لم يستحق المباشر للعمل فيها من الشريكين أجرة (قوله وعليه أجرة مثل الأرض) قضيته أنه لا يؤمر بقلع الزرع قبل أوان الحصاد ، ووجه أنه إنما زرع بالإذن . فخصوص المخابرة وإن بطل بقى عموم الإذن وهو نظير ما مر عن البغوى فيما لو غرس فى الأرض المقبوضة بالشراء الفاسد أو بنى من أنه لا يقلع مجانا بل يخير المالك بين تملكه بالقيمة وبين قلعه وغرامة أرش النقص وبين التبقية بأجرة المثل ، لكونه إنما فعل بالإذن الذى تضمنه البيع الفاسد ، لكن تقدم للشارح أن المعتمد خلافه ، وعليه فانظر الفرق بين هذا وبين المقبوض بالشراء

وأما ذكر الشجر فهو معلوم من لفظ ساقيتك كما أشرت إليه (قوله ويفرق بين هذا وإزالته لها فى بعتك الخ) قال الشهاب ابن قاسم : قد يقال المزيل لها هنا ليس هو التفاضل بدليل الاحتياج إلى شرط القطع وإن تساوى الثمنان أو زاد ثمن الثمرة كما هو الظاهر ، بل المزيل التفصيل للثمن الموجب لتعدد العقد انتهى

ولو كان البذر لهما فالغلة لهما ، ولكل على الآخر أجرة ماصرفه من منافعه على حصة صاحبه (وطريق جعل الغلة لهما ولا أجرة) فى إفراد المزارعة (أن يستأجره) أى المالك العامل (بنصف البذر) شائعا (ليزرع له النصف الآخر) فى الأرض (ويعيره نصف الأرض) شائعا (أو يستأجره بنصف البذر ونصف منفعة الأرض) شائعا (ليزرع له النصف الآخر) من البذر (فى النصف الآخر من الأرض) فيشتركان فى الغلة مناصفة ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع ، والمالك يستحق من منفعة العامل بقدر نصيبه من الزرع ، وتفارق الأولى هذه بأن الأجرة ثم عين وهنا عين ومنفعة ، وثم يتمكن من الرجوع بعد الزراعة فى نصف الأرض ويأخذ الأجرة وهنا لايتمكن ، ولو فسد منبت الأرض فى المدة لزمه قيمة نصفها هناك لا هنا لأن العارية مضمونة . ومن الطرق أيضا أن يقرضه نصف البذر ويؤجره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلته ، فإن كان البذر من العامل فطريقه أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله وآلاته ، ويشترط فى هذه الإجارات وجود جميع شروطها الآتية ، ولو أذن لغيره فى زرع أرضه فحرثها وهيأها للزراعة فزادت قيمتها بذلك فأراد رهنها وبيعها مثلا من غير إذن العامل لم يصح لتعذر الانتفاع بها بدون ذلك العمل المحترم فيها ، ولأنها صارت مرهونة فى ذلك العمل الذى زادت به قيمتها ، وقد صرحوا بأن لنحو القصار حبس الثوب لرهنه بأجرته حتى يستوفيها ، وللغاصب إذا غرم قيمة الحيلولة ثم وجد المغصوب حبسه حتى يرد له ماغرمه على مامر وإن كان الأصح خلافه .

الفاسد ، ولعله أنه لما أذن له هنا فى الزرع على أن العلة بينهما كان إذنا فى الانتفاع بالأرض مع بقائه على ملك صاحبها ، وهو يقتضى أن يكون الإذن مقصودا بالذات ، فإذا بطل العقد من حيث خصوص المخابرة بقى مطلق الإذن فأشبه جواز تصرف الوكيل بعموم الإذن وإن بطل خصوص الوكالة والمقصود فى البيع نقل الملك فى الأرض للمشترى ، فإذا بطل بطل توابعه لأن انتفاع المشترى به ليس مبنيا إلا على انتقال ملك الأرض مع انتقال منفعتها له ، فإذا بطلا لم يبق لانتفاعه بالأرض جهة مجوزة ليزرع له النصف الآخر ، وبهذا يعلم جواز إجارة المشاع اهـ حج (قوله ولكل على الآخر أجرة ماصرفه) أى حيث سلم الزرع على مامر عن المتولى لأن هذه الآن شركة فاسدة (قوله وتفارق الأولى) هى قوله أن يستأجره ، وقوله هذه هى قوله أو يستأجره بنصف البذر (قوله ولو فسد منبت) أى فسد بغير سبب الزراعة اهـ سم على حج (قوله هناك) أى فى الأولى وقوله لاهنا أى فى الثانية (قوله ويؤجره نصف الأرض) أى ويكون أمانة فى يد العامل ، فإن تلفت بلا تقصير منه فلا ضمان كسائر الأعيان المستأجرة (قوله فإن كان البذر) بين به الطريق المصحح للمخابرة تتميا لكلام المصنف ومن ثم قال المحلى : وإن أفردت الأرض بالمخابرة فالمغل للعامل وللمالك الأرض عليه أجرة مثلها ، وطريق جعل المغل لهما ولا أجرة أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر الخ ماذكره الشارح (قوله ونصف عمله وآلاته) أو منهما ممن طرقه أن يؤجره نصف الأرض بنصف منافع عمله وآلاته اهـ حج (قوله ولو أذن لغيره) أى استأجره المالك ليزرع له ولو لإجارة فاسدة أخذا من قوله ولأنها صارت مرهونة (قوله ولأنها صارت مرهونة) هذا يدل على أن هناك معاملة اهـ سم على حج (قوله وإن كان الأصح خلافه) أى فى الغاصب فقط .

(قوله ولو فسد منبت) أى بغير الزرع (قوله ولأنها صارت مرهونة) قال الشهاب سم : هذا يدل على أن هناك معاملة انتهى : أى فقول الشارح كالشهاب ابن حجر ولو أذن لغيره فى زرع أرضه : أى مزارعه فليراجع .

(فصل)

فى بيان الأركان الثلاثة الأخيرة ولزوم المساقاة وهرب العامل

(يشترط) فيه (تخصيص الثمرة بهما) أى المالك والعامل، فلو شرط شيئا منه لثالث غير قن أحدهما فسد العقد كالقراض . نعم لو شرط نفقة قن المالك على العامل جاز ، فإن قدرت فذاك وإلا نزلت على الوسط المعتاد ، وتعبير المصنف بتخصيص الثمرة بهما صحيح لما مر من جواز دخول الباء على المقصور والمقصور عليه (واشتراكهما فيه) بالجزئية كما فى نظيره من القراض ففى على أن الثمرة جميعها لك أو لى يفسد ولا أجرة له فى الثانية وإن جهل الفساد ، ويفسد أيضا إن شرط الثمر لواحد والعنب للآخر ، وإنما ذكر هذا وإن فهم مما قبله لأنه قد يفهم منه أيضا أن القصد به إخراج شرطه لثالث فيصدق بكونه لأحدهما وبما بعده ولأنه مع الاختصاص والشركة يصدق بكونه لهما على الإبهام ، ولو كانت المساقاة على عينه وعامل غيره انفسخت بتركه العمل : أى بفوات العمل

(فصل) فى بيان الأركان الثلاثة

(قوله الثلاثة الأخيرة) وهى العمل والثمر والصيغة ، ومرت الثلاثة الأولى وهى العاقدان والمورد ، أما العاقدان ففى قوله تصح من جائز التصرف ، وأما المورد ففى قوله وموردها الخ (قوله وهرب العامل) أى وما يتبع ذلك كنصب المشرف إذا ثبتت خيانة العامل (قوله يشترط فيه) أى عقد المساقاة (قوله غير قن) ومن الغير أجير أحدهما (قوله وإلا نزلت على الوسط) هذا مخالف لما مر فى القراض من اشتراط تقدير نفقة الغلام فيه كالمساقاة فى قوله وقد اعتبر أبو حامد ذلك فى نظيره من عامل المساقاة ، فلعل ما ذكره هنا مبنى على غير ما قدمه عنه (قوله ولا أجرة له فى الثانية) أى وله الأجرة فى الأولى وإن علم الفساد لأنه دخل طامعا حيث شرطت الثمرة كلها له (قوله وإن جهل الفساد) سواء علم الفساد أو جهله ، وتقدم نظيره فى القراض فيما لو قال المالك وكل الربح لى (قوله وإنما ذكر هذا) عبارة حج : واحتاج لهذا مع فهمه مما قبله الخ ، ثم قال : ولما بعده الخ : أى وهى قوله والعلم

(فصل) فى بيان الأركان الثلاثة

(قوله فيه) أى فى عقد المساقاة (قوله غير قن أحدهما) مفهومه أنه لو شرط لقن أحدهما صح وصرح به فى الروض ، لكن بالنسبة لقن المالك إذا عمل العامل بشرط أن يكون الجزء من الثمرة الذى جعله نفقة القن مقدرا فليراجع الحكم فى قن العامل وفيما اقتضاه كلام الشارح من الإطلاق فى المالك (قوله نعم لو شرط نفقة قن المالك على العامل) أى فى غير الثمرة فهذا غير ما اقتضاه كلامه قبل فى قوله غير قن أحدهما كما يعلم بمراجعة الروض كغيره ، لكن ما موقع التعبير بالاستدراك هنا ؟ وعبارة الروض مع بعض شرحه : فلو شرط المالك دخول البستان أو شرط أحدهما مع الآخر معاونة عبيد المالك المعينين أو الموصوفين ولا يد لهم لم يضر ونفقتهم على المالك ، ولو شرطت الثمرة بغير تقدير جزء معلوم لم يجز ، أو شرطت على العامل وقدرت جاز ولو لم تقدر فالعرف كاف (قوله وبما بعده ولأنه مع الاختصاص الخ) هكذا فى نسخ الشارح ، ويجب حذف الباء من قوله بما بعده لأن ما بعدها معطوف على هذا من قوله وإنما ذكر هذا ، وكذا يجب حذف الواو من قوله ولأنه ، وعبارة التحفة : واحتاج لهذا مع فهمه مما قبله لأنه قد يفهم منه أيضا أن القصد إخراج شرطه لثالث فيصدق بكونه لأحدهما ولما بعده لأنه مع الاختصاص والشركة يصدق إلى آخره (قوله على عينه) أى أما على ذمته فتصح مساقاته كما مر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بمضى المدة وبعمل الثانى لا بمجرد العقد والثمرة كلها للمالك ولا شىء للعامل الأول. وللثانى عليه الأجرة إن جهل الحال وإلا فلا (والعلم) منهما (بالنصيبين بالجزئية) ومنها بيننا لحمله على المناصفة (كالقراض) فى جميع مامر، ولو فاوت بين النصيبين فى الجزء المشروط لم يصح على مافى الروضة بل قيل إنه تحريف، ولهذا جزم ابن المقرى بخلافه وخرج بالثمر الجريد والكرناف والليف فلا يكون مشتركا بل يختص به المالك كما جزم به فى المطلب تبعا للماوردى وغيره، ولو شرط ذلك بينهما لم يجز فيما يظهر خلافا لبعض المتأخرين لأنه ليس من معهود النماء ولا مقصوده والقنو والشماريخ بينهما، ولو شرطها للعامل بطل قطعا، ومرّ أن العامل يملك حصته بظهور الثمر ومحله إن عقد قبل ظهوره وإلا ملك بالعقد (والأظهر صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة) كما قبل ظهوره بل أولى لأنه أبعد عن الغرر ولوقوع الآفة فيه كثيرا نزلت منزلة المعدوم والثانى لا يصح لفوات بعض الأعمال (لكن) لا مطلقا بل (قبل بدوّ الصلاح) لبقاء معظم العمل بخلافه بعده ولو فى البعض كالبيع. فيمتنع قطعا بل قيل إجماعا (ولو ساقاه على ودىّ) غير مغروس بفتح فكسر المهملة فتحتية مشدّدة وهو صغار النخل (ليغرسه ويكون الشجر) أو ثمرته إذا أثمر (لهما لم يجز) لأنها رخصة ولم ترد فى مثل ذلك. وحكى السبكى عن قضية المذاهب الأربعة منعها معترضا

بالنصيبين الخ، وهى الأولى لأن ذكر لا يتعدى باللام (قوله وللثانى عليه) أى على العامل الأوّل الأجرة. أما لو فسدت المساقاة مع المالك وأتى العامل بالعمل استحق أجرة المثل لعمله والثمرة كلها للمالك. وقياس مامر للشارح فى عامل القراض من أنه يستحق الأجرة وإن علم الفساد لأنه عمل طامعا فيما أوجبه الشرع أنه هنا كذلك فيستحق الأجرة وإن علم الفساد: إلا إذا قال المالك وكل الثمرة لى فلا أجرة للعامل، كما لو قال المالك فى القراض وكل الربح لى (قوله إن جهل الحال) قضية قوله قبل ولا شىء للعامل الأول أنه لا يرجع بما غرمه على المالك (قوله ومنها) أى الجزئية (قوله لم يصح الخ) قال فى شرحه: ووقع فى الروضة لم يصح وهو تحريف اهـ سم على حج (قوله ولهذا جزم ابن المقرى) معتمد (قوله ولو شرط) أى فى صلب العقد (قوله خلافا لبعض المتأخرين) أى شيخ الإسلام (قوله والقنو) هو مجمع الشماريخ، أما العرجون وهو الساعد فللمالك اهـ شيخنا زيادى (قوله وشرطها) أى القنو والشماريخ ويحتمل الجريد وما بعده الخ، والظاهر الأول لأن الجريد ومابعده علم حكمه من قوله ولو شرط ذلك بينهما لم يجز الخ (قوله بطل قطعا) وعلى قياسه البطلان إذا شرطت للمالك. وقد يفرق بقوّة جانب المالك باستحقاقه للكل إلا ماشرط للعامل (قوله ولو فى البعض) ظاهره الفساد فى هذه الحالة فى الجميع، ولكن ينبغى تفريق الصفقة فيصح فيما لم يبد صلاحه ويفسد فيما بدا صلاحه بشرط تأتى العمل على مالم يبد صلاحه فقط فينبغى أن يصح بهذا الشرط ولا يدخل ما بدا صلاحه تبعا، وقد يتوقف فى اشتراط هذا الشرط فى المسئلتين فليتأمل اهـ سم على حج، وما اقتضاه ظاهر كلام الشارح هو الظاهر لما علل به من القياس على البيع (قوله كالبيع) أى فيما لم يبد صلاحه تابع لما بدا صلاحه فى صحة بيعه مطلقا وبشرط الإبقاء، وقياسه هنا أن مالم يبد صلاحه تابع لما بدا صلاحه فيبطل فى الجميع (قوله ولو ساقاه على ودىّ) علل فى شرح المنهج بأن الغرس ليس من عمل المساقاة، وقضيته أنه لو عقد على ودى ليغرسه المالك ويتعهده هو بعد الغرس لم يمتنع، ونقل بالدرس عن شيخنا الحلبى أن هذا ليس مرادا. أقول: ولو قيل بالصحة فيما لو عقد عليه غير مغروس أو مغروسا بمحل كالشتل على أن ينقله المالك ويغرسه فى غيره ويعمل فيه العامل لم يبعد لأنه لم يشرط فيه على العامل ماليس عليه (قوله منعها)

(قوله وللثانى عليه) أى على العامل الأول (قوله بل قيل إنه تحريف) هذا الاستدراك بالنسبة لما أفهمه قوله على ما فى الروضة من التبرى المفيد لضعفه (قوله والثانى لا يصح الخ) الأصوب تأخيره عن الاستدراك الذى بعده

به على حكم قضاة الحنابلة بها ؛ ونقل غيره إجماع الأمة على ذلك لكنه معترض بأن قضية كلام جمع من السلف جوازها والشجر لمالكه وعليه لربّ الأرض أجرة مثلها كما أن على ربّ الأرض والشجر أجرة العمل والآلات ، ويأتى فى القلع والإبقاء هنا مامرّ آخر العارية (ولو كان) الودىّ (مغروسا) وساقاه عليه (وشرط له جزءا من الثمر على العمل فإن قدر له) فى عقدها عليه (مدة يثمر) الودىّ (فيها غالبا) كخمس سنين (صح) العقد وإن كان أكثرها لاثمرة فيه لأنها حينئذ بمنزلة الشهور من السنة الواحدة ، فإن لم تثمر فلا شىء له ، وفى هذه الحالة لايصح بيع الشجر لأن للعامل حقا فى الثمرة المتوقعة فكأن البائع استثنى بعضها (وإلا) أى وإن قدّر مدة لايثمر فيها غالبا (فلا) تصح لخلوّها عن العوض سواء أعلم العدم أم غلب أم استويا أم جهل الحال . نعم له الأجرة فى الأخيرتين لأنه طامع (وقيل إن تعارض الاحتمال) للإثمار وعدمه على السواء (صح) كالقراض . وردّ بأن الظاهر وجود الربح بخلاف هذا ، وعليه فله الأجرة وإن لم يثمر لأنه عمل طامعا (وله مساقاة شريكه فى الشجر إذا) استقل الشريك بالعمل فيها و(شرط له) أى الشريك (زيادة) معينة (على حصته) كما إذا كان بينهما نصفين وشرط له ثلثى الثمرة ، وإن شرط قدر حصته لم يصح لانتفاء العوض ولا أجرة له بخلاف شرط الكل له كما مر . واستشكال هذا بأن عمل الأجير يجب كونه فى خالص ملك المستأجر . أجاب عنه السبكى بأن صورة المسئلة أن يقول ساقيتك على نصيبى هذا ، وبهذا صوّر أبو الطيب كالمزنى قال : لكن ظاهر كلام غيرهما كالمصنف أنه لا فرق بين ذلك وقوله على جميع هذه الحديقة هو المعتمد وعلى الأول ، فيجاب بأنه يغتفر فى المساقاة مالايغتفر فى الإجارة .

أى فى الودى (قوله وعليه لربّ الأرض أجرة مثلها) هذا صريح فى أنه حمل المتن على مالو كان الشجر للعامل والأرض للمالك ، فيكون نظير المتبادر من المتن أن الشجر والأرض للمالك وهو ماذكره بقوله كما أن على ربّ الأرض الخ (قوله مامر آخر العارية) أى من تخيير مالك الأرض بين تبقية الشجر بالأجرة وتملكه بالقيمة أو قلعه وغرم أرش نقصه ، وفيما لوكان الشجر للعامل والأرض للمالك ، وفيه مامر من أنه مخالف للمعتمد فى غراس المشترى شراء فاسدا من أنه كالغاصب (قوله فإن لم تثمر فلا شىء له) أى وإن أثمرت فله : أى إن أثمرت فيما توقع فيه إثمارها لا مطلقا . قال فى الروض : ولو ساقاه عشر سنين لتكون الثمرة بينهما ولم يتوقع إلا فى العاشرة جاز ، فإن أثمر قبلها : أى العاشرة فلا شىء فيه : أى فى الثمر للعامل : أى وإن لم يثمر فى العاشرة : أى لأنه لم يطمع فى شىء منه اهـ سم على حج (قوله وفى هذه الحالة الخ) أى فيما لو كان مغروسا وشرط الخ ، ولا يختص الحكم بهذه الصورة بل مقتضى ما علل به أن هذا جار فى جميع صور المساقاة حيث لم تخرج الثمرة . وسيأتى التصريح به فى آخر الباب (قوله فى الأخيرتين) هما الاستواء وجهل الحال (قوله بخلاف هذا) ولم يذكر وعليه الخ (قوله وعليه) أى وعلى قوله ورد الخ (قوله فله الأجرة) أى على المالك ومع ذلك لا حاجة لذكره لأنه تقدم فى قوله نعم له الأجرة فى الخ ، ومن ثم اقتصر حج على الرد الخ (قوله بخلاف شرط الكل) أى فإن فيه الأجرة وقوله له : أى للعامل (قوله أن يقول ساقيتك) أى أو يطلق (قوله مالايغتفر فى الإجارة) هذا بناء على تفرقته

الذى هو قيد فى الأظهر (قوله والشجر لمالكه) أى فيما إذا كان مالكه غير مالك الأرض ، وقوله كما أن على ربّ الأرض والشجر أجرة العمل إلى آخره : أى فيما إذا كان لغير العامل (قوله وعليه فله الأجرة) أى كما هو كذلك على الأول أيضا كما مر وكان الأولى حذف قوله وعليه الخ (قوله وعلى الأول) صوابه وعلى الثانى (قوله بأنه يغتفر فى المساقاة) كذا فى التحفة ، قال الشهاب سم : هذا بناء على تفرقته بينهما فى هذا الحكم كما سيأتى له

وبحث بعضهم أنه إن قال ساقيتك على كل الشجر لم يصح ، أو على نصيبي أو أطلق صح ، ولو ساقى أحد الشريكين على نصيبه أجنبيا بغير إذن شريكه لم يصح كما جرى عليه ابن المقرى فى شرح إرشاده وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين ، فإن ساقى الشريكان ثالثا لم تشترط معرفته بحصة كل منهما إلا إن تفاوتا فى المشروط له فلا بدّ من معرفته بحصة كل منهما (ويشترط) لصحة المساقاة (أن لا يشرط على العامل ماليس من جنس أعمالها) التى ستذكر قريبا أنها عليه فلا اعتراض عليه ، وإنما قدم فى القراض ماعليه ثم ذكر حكم ما لو شرط عليه ماليس عليه وعكس ذلك هنا لأن الأعمال قليلة ثم وليس فيها كبير تفصيل ولا خلاف فقدمت ثم ذكر حكمها ، وهنا بالعكس فقدّم حكمها ثم أخرت لطول الكلام عليها ، فإذا شرط عليه ذلك كبناء جدار الحديقة لم يصح العقد لأنه استئجار بلا عوض ، وكذا لو شرط ما على العامل على المالك كالسقى على المشهور كما صرّح به فى البحر وإن نص فى البويطى على أنه لايضرّ شرطه على المالك ، وبه جزم الدارمى (وأن ينفرد) العامل (بالعمل واليد فى الحديقة) ليتمكن من العمل متى شاء : فلو شرط العمل على المالك معه ولو مع يد العامل فسد . بخلاف شرط عمل غلام المالك معه نظير مامرّ فى القراض بل أولى لأن بعض أعمال المساقاة على المالك (ومعرفة العمل) جملة لا تفصيلا (بتقدير المدة كسنة) أو أقل إذ أقل مدتها مايطلع فيه الثمر ويستغنى عن العمل (أو أكثر) إلى مدة تبقى العين فيها غالبا للاستقلال فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة لأنها عقد لازم فكانت كالإجارة ، وهذا مما خالفت فيه القراض والسنة عند الإطلاق محمولة على العربية ، ويصح شرط غيرها إن علماه ، ولو أدركت الثمار قبل انقضاء المدة عمل بقيتها بلا أجرة ، وإن لم يحدث الثمر إلا بعد المدة فلا شىء للعامل . قال ابن الرفعة : وهو صحيح إن تأخر لا بسبب عارض .

بينهما فى هذا الحكم كما سيأتى له فى الإجارة فى شرح قوله ولو استأجرها لترضع رقيقا ببعضه فى الحال جاز على الصحيح ، لكن سنبين فى ذلك المحل أن المعتمد خلافه اهـ سم على حج (قوله وبحث بعضهم) ضعيف (قوله لم يصح) لعل وجهه أنه لايتمكن من العمل فى نصيب المالك دون الشريك لأن كل جزء مشترك بينهما (قوله خلافا لبعض المتأخرين) أى شيخ الإسلام فى شرح البهجة الكبير اهـ شيخنا الزيادى (قوله ولو مع يد العامل) أى ولو كان الشجر فى يد العامل فلا يقال إنه عين ماقبله ، هذا ولو أفرد محترز كل من العمل واليد بالذكر لكان أولى . وعبارة حج بعد قول المصنف وأن ينفرد بالعمل : نعم لايضر شرط عمل عبد المالك معه ، إلى أن قال بعد قول المصنف وباليد فى الحديقة ليعمل متى شاء فشرط كونها بيد المالك وعبده مثلا ولو مع يد العامل يفسدها اهـ وهو صريح فيما قلناه (قوله ولا مؤبدة) أى ولا مؤقتة بمدة لاتثمر فى جميعها بأن عجزت عن الإثمار قبل فراغ المدة عادة بأن جرت العادة بأنها لاتثمر فى شىء من المدة المقدرة (قوله ولو أدركت الثمار) أى التى ظهرت فى المدة التى يتوقع ظهورها فيها (قوله ويصح شرط غيرها) أى العربية (قوله وهو صحيح) أى إن تأخر . قال فى العباب كالروض ولو قدّر بعشر سنين والثمرة متوقعة فى العشرة جاز فإن أثمر قبلها أو لم يثمر إلا بعدها فلا شىء للعامل من الثمرة ولا أجرة لعمله اهـ سم على منهج (قوله وهو صحيح إن تأخر) قياس ذلك أنه لو أثمر قبل المدة لعارض اقتضى خروج الثمر قبل العاشرة استحق حصته منها فليحرّر ، وقد يفرق بأن خروجها قبل العاشرة لما لم يكن متوقعا أصلا لم يستحق فيه

فى الإجارة فى شرح قول المصنف ، ولو استأجرها لترضع رقيقا ببعضه فى الحال جاز على الصحيح لكن سنبين فى هامش ذلك المحل أن المعتمد خلافه انتهى (قوله لا بسبب عارض) أى والصورة أن المدة يطلع فيها حتى تصح المساقاة

فإن كان بعارض سبب كبرد ولولاه لأطلع فى المدة استحق حصته لقول الماوردى والرويانى : الصحيح أن العامل شريك ، وإن انقضت وهو طلع أو بلح فللعامل حصته منها ، وعلى المالك التعهد والتبقية إلى الجذاذ خلافا لما فى الانتصار والمرشد من أنه عليهما ، ولو كان النخل المعقود عليها مما يثمر فى العام مرّتين فأطلع الثمرة الأولى قبل انقضاء المدة والثانية بعدها فهل يفوز المالك بها أو يكون العامل شريكا له فيها لأنها ثمرة عام ؟ فيه احتمال ، والأوجه الأول (ولا يجوز التوقيت) لمدة المساقاة (بإدراك الثمر) أى جذاذه كما قاله السبكى (فى الأصح) للجهل به فإنه قد يتقدم وقد يتأخر . والثانى ينظر إلى أنه المقصود (وصيغتها) أى المساقاة صريحة وكناية ، فمن صرائحها (ساقيتك على هذا النخل) أو العنب (بكذا) من الثمرة لأنه الموضوع لها (أو سلمته إليك لتتعهده) أو اعمل عليه أو تعهده بكذا لأداء كل من هذه الثلاثة معنى الأولى ، ومن ثم اعتمد ابن الرفعة صراحتها وهو ظاهر كلامهم ، وإن اعتمد الأذرعى والسبكى أنها كناية . وأفهم تعبيره بكذا اعتبار ذكر العوض ، فلو سكت عنه لم يصح . وفى استحقاقه الأجرة وجهان أوجههما نعم . ولو ساقاه بلفظ الإجارة لم تصح على الأصح فى الروضة وكذا عكسه . وقول الأسنوى إنه مشكل مخالف للقواعد . فإن الصريح فى بابه إنما يمتنع أن يكون كناية فى غيره إذا وجد نفاذا فى موضوعه كقوله لزوجته أنت على كظهر أمى ناويا الطلاق فلا تطلق ويقع الظهار ، بخلاف قوله لأمته أنت طالق فهو كناية فى العتق لأنه لم يجد نفاذا فى موضوعه ومسئلتنا من ذلك اهـ مردود والصواب ما صححوه . والفرق بين هذا وبين قوله لأمته أنت على كظهر أمى هو أن الظهار لما لم يمكن تصوّره

شيئا لأنه لم يدخل طامعا ، بخلاف ما لو تأخرت فإن ما حصل بعد العاشرة هو الذى كان يتوقعه فيها (قوله استحق حصته) أى وعليه فهل الخدمة على المالك والعامل ؟ فيه نظر ، وقضية إطلاقهم أنها على الأول . ونقل بالدرس عن بعض الهوامش مايوافقه (قوله لقول الماوردى) علة لقوله وهو صحيح بدون ما بعده من الشرط (قوله خلافا لما فى الانتصار والمرشد) هما لابن أبى عصرون (قوله مما يثمر فى العام) بقى مالو كان المعقود عليه لايثمر فى العام إلا مرّة فأثمر مرتين فهل الثانية للمالك كالثمرة الحاصلة قبل المدة التى اعتيد الإثمار فيها ، أو مشتركة بينه وبين العامل ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله قبل انقضاء المدة) أى وهو مشترك بينهما فى هذه الحالة (قوله يفوز المالك بها) أى فى الثانية (قوله الموضوع لها) أى للمساقاة (قوله ساقيتك) وهذه من صور المساقاة على العين ع اهـ سم على منهج : أى فتنفسخ الإجارة بموته . والظاهر أن مثلها الثلاثة التى ذكرها المصنف والشارح بقولهما أو أسلمت إليك الخ (قوله وهو ظاهر كلامهم) هو المعتمد (قوله أوجههما نعم) أى وإن علم بالفساد على قياس مامرّ له غير مرة هنا وفى القراض (قوله لم يصح) أى لاصريحا ولا كناية كما يفهم من بقية عبارته (قوله والصواب ما صححوه)

(قوله لقول الماوردى والرويانى الصحيح أن العامل شريك) الذى بناه الماوردى والرويانى على كونه شريكا إنما هو استحقاقه فى الثمرة مطلقا ، قالا : لأن ثمرة العام حادثة على ملكهما . وعبارة القوت : وأما جدوث الطلع بعد المدة ففى الحاوى والبحر أنها إذا طلعت بعد تقضى المدة أن الصحيح من المذهب أن العامل شريك والثمرة بينهما لأن ثمرة العام حادثة على ملكهما ولا يلزم العمل بعد انقضاء المدة . ومن أصحابنا من قال : العامل أجير فعلى هذا لاحق له فى الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة بل له أجرة المثل ، فالخلاف مبنى على أنه شريك أو أجير انتهت (قوله أوجههما نعم) انظر هل هو كذلك فى كل الصيغ أو فى الصيغة التى ذكر فيها المصنف لفظ كذا ، فإن كان الأوّل فما وجهه فى غير الأولى (قوله والفرق بين هذا وبين قوله لأمته أنت على كظهر أمى إلى آخره) كان الأولى أنت طالق لأنه الذى مرّ فى كلام الأسنوى (قوله أن الظهار لما لم يكن تصوره الخ) فيه تسليم أن

فى حق الأمة بوجه من الوجوه حمل على الكناية بإرادة المكلف تصحيحا للفظ عن الإلغاء ، وأما لفظ الإجارة فليس كذلك لأنه يمكن تصحيحه وإيقاعه إجارة بأن يذكر عوضا معلوما ، فعدول المكلف عن العوض الصحيح إلى الفاسد دليل الإلغاء ، ولا ضرورة بنا إلى حمله على خلاف الظاهر ، واللفظ صريح فى الفساد فلا يمكن إعماله فى غيره مع إمكان تصحيحه إجارة . والحاصل أنه يعتبر فى كون الصريح فى باب كناية فى غيره شرطان : أحدهما أن لايجد نفاذا فى موضوعه ، والثانى أن يقبله العقد المنوى فيه (ويشترط القبول) باللفظ متصلا كما فى البيع ، ولهذا اعتبر فى الصيغة هنا مامر فيها ثم إلا عدم التأقيت ، وتصح بإشارة أخرس وبكتابة بالنية (دون تفصيل الأعمال) فلا يعتبر التعرض له فى العقد ولو عقدها بغير لفظ المساقاة كما صرح به ابن يونس وهو ظاهر وإن أفهم كلام الروضة أنه لايجرى إلا فى لفظها (ويحمل المطلق فى كل ناحية على العرف الغالب) فيها إذ المرجع فيما لاضابط له شرعا ولا لغة إليه ، هذا إن كان عرف غالب وعرفاه وإلا وجب التفصيل جزما (وعلى العامل) بنفسه أو نائبه عمل (مايحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كل سنة كسقى) إن لم يشرب بعروقه ويدخل فى السقى توابعه كاصلاح طرق الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند السقى (وتنقية نهر) أى مجرى الماء من طين وغيره (وإصلاح الأجاجين) وهى الحفر حول النخل (التى يثبت فيها الماء) شبهت بالإجانة التى يغسل فيها (وتلقيح) وهو وضع بعض طلع ذكر على طلع أنثى ، وقد يستغنى عنه لكونها من تحت ريح الذكور فتحمل الهواء ريح الذكور إليها (وتنحية) أى إزالة (حشيش) ولو رطبا وإطلاقه عليه لغة والأشهر أنه اليابس (وقضبان مضرة) لاقتضاء العرف ذلك ، وعلم من تقييدنا ماعليه بالعمل عدم وجوب عين عليه أصلا فنحو طلع يلقح به وقوصرة تحفظ العنقود عن الطير على المالك (وتعريش جرت به عادة) فى ذلك المحل ليمتد عليه الكرم ووضع حشيش على العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجة (وكذا حفظ الثمر) على الشجر من سراق وطير وزنبور ،

أى من عدم صحة المساقاة بلفظ الإجارة وعكسه (قوله والثانى أن يقبله) أى بأن يمكن استعماله فيه بالنية أى ولو من ناطق اهـ حج (قوله ولو عقدها) أشار به للرد على من قال إذا عقد بغير لفظ المساقاة اشترط تفصيل الأعمال ، بخلاف ما لو عقد بها فلا يشترط أخذا مما أشار إليه بقوله وإن أفهم كلام الخ (قوله إليه) أى العرف (قوله بعروقه) أى وهو البعلى (قوله ويدخل فى السقى) كأنه حمل السقى على إدارة الدولاب مثلا وجعل ماذكره من إصلاح طرق الماء ونحوه توابع ، وعلى هذا فمعنى دخول التوابع فى السقى أنه يستلزمها (قوله وإطلاقه عليه) أى على الرطب وإنما يسمى كلأ كما يسمى به اليابس (قوله فنحو طلع الخ) وينبغى أن من ذلك ماجرت به العادة من

عكس القاعدة المذكورة قاعدة أخرى وهى أن مالم يجد نفاذا فى موضوعه يكون كناية فى غيره ، وظاهر أنه غير مراد للأصحاب وأنهم إنما يستعملون هذه القاعدة من جهة طردها لامن جهة عكسها ، ألا ترى أنه لم يقل أحد منهم إن البيع مثلا ينعقد بلفظ النكاح أو الطلاق مثلا فلو كان عكس القاعدة مرادا لصح البيع بذلك لأنه صريح فى بابه ولم يجد نفاذا فى موضوعه ، وحينئذ فإشكال الأسنوى مندفع من أصله فتأمل (قوله تصحيحا للفظ عن الإلغاء) الأولى صيانة للفظ عن الالغاء (قوله لأنه لايمكن تصحيحه وإيقاعه إجارة إلا بأن يذكر عوضا معلوما) كذا فى نسخ من الشارح ، والأنسب ما فى بعض النسخ مما نصه ، لأنه يمكن تصحيحه وإيقاعه إجارة بأن يذكر عوضا (قوله والثانى أنه يقبله) أى بخلاف ما إذا لم يقبله لعارض كعدول المتكلم المتقدم فى الصورتين المارتين كما يعلم من سياقه (قوله وعلم من تقييدنا ماعليه الخ) انظر هلا أخر هذا عن جميع ماعلى العامل

فإن لم يتحفظ به لكثرة السراق أو كبر البستان فالمؤنة عليه كما اقتضاه إطلاقهم وبحث الأذرعي عدم لزومه ذلك في ماله بل على المالك معونته عليه (وجذاذه) أي قطعه (وتجفيفه في الأصح) لأنها من مصالحه . والثاني ليس عليه لأن الحفظ خارج عن أعمالها ، وكذا الجذاذ والتجفيف لأنهما بعد كمال الثمرة . نعم قيد في الروضة كأصلها وجوب التجفيف بما إذا اعتيد أو شرطاه ، والأوجه ما أطلقه المصنف في الكتاب من الوجوب مطلقا لأن مقابل الأصح لا يتأتى إلا عند انتفاء الشرط والعادة إذ لا تسعه مخالفتهما ، وإذا وجب لزم تسوية الجرين ونقله إليه ؛ وكل ما وجب على العامل له استئجار المالك عليه وما وجب على المالك لو فعله العامل بإذن المالك استحق الأجرة تنزيلا له منزلة قوله اقض ديني وبه فارق قوله له اغسل ثوبي . وظاهر كلامهم أن ما نصوا على كونه على العامل أو المالك لا يلتفت فيه إلى عادة مخالفة له كما هو ظاهر ، على أن العرف الطارئ لا يعمل به إذا خالف عرفا سابقا له ؛ فقول الشيخ في شرح منهجه وظاهر أنه لو جرت عادة بأن شيئا من ذلك على المالك اتبعت يتعين حمله على ما ليس للأصحاب فيه نص بأنه على أحدهما أو بأن العرف فيه يقتضي كذا وإلا فهو غير صحيح (وما قصد به حفظ الأصل ولا يتكرر كل سنة كبناء الحيطان) ونصب نحو باب أو دولاب وفاس ومنجل ومعول وبقر تحرث أو تدير الدولاب (وحفر نهر جديد فعلى المالك) فلو شرطه على العامل في العقد بطل العقد ، وكذا ما على العامل لو شرطه في العقد على المالك بطل العقد ، ولا يشكل عليه اتباع العرف في نحو خيط خياط في الإجارة لأن هذا به قوام الصنعة حالا ودواما والطلع نفعه انعقاد الثمرة حالا ثم يستغنى عنه . وقد ينازع فيه جعلهم ثمر الطلع كالخيط . فالأوجه أن العرف لم ينضبط هنا فعمل فيه بأصل أن العين على المالك وثم قد ينضبط وقد يضطرب فعمل به في الأول ووجب البيان في الثاني . أما وضع شوك على الجدار وترقيع يسير اتفق في الجدار فيتبع فيه العادة في الأصح من كونهما على المالك أو العامل ، وما نقله السبكي عن النص من أن الثاني على المالك حمل على اطراد عادة به

الزبل ونحوه فيكون على المالك (قوله فإن لم يتحفظ به الخ) معتمد (قوله فالمؤنة عليه) أي العامل ، وإنما أفردها بالذكر للخلاف فيها ، وإلا فقوله وكذا حفظ الخ شامل لها (قوله وبحث الأذرعي الخ) هو ضعيف (قوله وإذا وجب) أي الجفاف (قوله بإذن المالك) أي من غير تعرض للأجرة اهـ سم على حج . وقياسه أن ما وجب على العامل إذا فعله المالك بإذنه استحق الأجرة به على العمل للعلة المذكورة (قوله وبه فارق قوله له) أي لآخر (قوله ومعول) المعول الفأس العظيمة التي يحفر بها الصخر والجمع المعاول اهـ مختار الصحاح (قوله بطل العقد) أي والثمرة كلها للمالك وعليه للعامل أجرة مثل عمله (قوله وقد ينازع) يتأمل فيه فإنه جعل مناط الفرق أولا بين نحو الطلع وخيط الخياط فما معنى الجعل المذكور حتى ينازع به (قوله جعلهم ثمر الطلع) عبارة حج : ثم انتهى ، ولعلها الأولى لأن الثمر هو نفس الطلع ، وعلى الثانية فالإضافة بيانية (قوله أما وضع شوك) محترز قوله كبناء الحيطان الخ (قوله حمل على اطراد عادة) وبحث أبو زرعة أنهما لو اختلفا في أثناء المدة في إتيان العامل بما لزمه ، فإن بقي من أعمالها ما يمكن تداركه صدق المالك وألزم العامل بالعمل لأن الأصل عدمه ويمكنه إقامة

(قوله تنزيلا له منزلة قوله اقض ديني) أي بجامع الوجوب ، إذ ما خصه يجب عليه فعله لحق العامل (قوله على أن العرف الخ) هذه العلاوة مبنية على ما علم مما قبلها من أن الأصحاب استندوا فيما قالوه لعرف كان في زمنهم (قوله يتعين حمله) الظاهر أن هذا الحمل غير متأت في عبارة المنهج ولهذا اقتصر ابن حجر على الرد (قوله ولا يشكل عليه) لعل مرجع هذا الضمير سقط من نسخ الشارح من الكتبة وهو كون الطلع على المالك كما هو كذلك في التحفة (قوله في الأول)

(والمساقاة لازمة) أى عقدها لازم من الجانبين كالإجارة قبل العمل وبعده لأن أعمالها فى أعيان باقية بحالها فأشبهت الإجارة دون القراض فيلزمه إتمام الأعمال وإن تلفت الثمرة كلها بآفة أو نحو غصب كما يلزم عامل القراض التنضيض مع عدم الربح ، ووجه لزومها ظاهر كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى وهو مراعاة مصلحة كل منهما ؛ إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل تضرر المالك بفوات الثمرة أو بعضها بعدم العمل لكونه لايحسنه أو لايتفرغ له ، ولو تمكن المالك من فسخه تضرّر العامل بفوات نصيبه من الثمرة لأن الغالب كونه أكثر من أجرة مثله (فلو هرب العامل) أوحبس أو مرض (قبل الفراغ) من العمل وإن لم يشرع فيه (وأتمه المالك متبرعا) بالعمل أو بمؤنته عن العامل (بقى استحقاق العامل) لما شرط له كما لو تبرع عنه أجنبى بذلك علم به المالك أم جهله . نعم لايلزمه إجابة أجنبى متطوع والتبرع عنه مع حضوره كذلك والإتمام مثال ، فلو تبرع عنه بجميع العمل كان كذلك ، ولو عمل فى مال نفسه غير متبرع عنه أو عمل الأجنبى عن المالك لا العامل استحق العامل فيما يظهر ، بخلاف نظيره من الجعالة للزوم ماهنا وإن بحث السبكى التسوية بينهما فى عدم الاستحقاق (وإلا) بأن لم يتبرع أحد بإتمامه ورفع الأمر للحاكم وليس له ضامن فيما لزمه من أعمال المساقاة أو كان ولم يمكن التخلص منه (استأجر الحاكم عليه من يتمه) بعد ثبوت المساقاة والهرب مثلا وتعذر إحضاره عنده لأنه واجب عليه فناب عنه فيه ، ولو امتنع مع حضوره فكذلك ، واستئجاره من ماله إن وجد ولو من حصته إذا كان بعد بدوّ الصلاح أو رضى بأجرة مؤجلة ، فإن تعذر ذلك اقترض عليه من المالك أو غيره ويوفى من حصته من الثمرة فإن تعذر اقتراضه عمل المالك بنفسه ، وللمالك فعل ماذكر بإذن الحاكم كما رجحه ابن الرفعة ، وقيده السبكى بما إذا قدّر الحاكم له الأجرة وعين الأجير وإلا لم يجز. ومحل ماتقرر إذا كانت واردة على الذمة ، فإن كانت واردة على العين امتنع استنابة غيره عنه مطلقا كما اقتضاه كلامهما ، قاله الأذرعى . وقال السبكى والنشائى وصاحب المعين : إنه لايستأجر عنه قطعا . نعم يتخير المالك بين الفسخ والصبر (فإن لم يقدر) المالك (على

البينة ، وإن لم يبق شيء ولا أمكن تداركه صدق العامل لتضمن دعوى المالك انفساخها والأصل عدمه اه حج (قوله علم به) أى تبرع الأجنبى (قوله نعم لايلزمه) أى المالك ، وقوله إجابة أجنبى متطوع ظاهره ولو أمينا عارفا ، وينبغى خلافه أخذا مما يأتى فى الوارث وإن أمكن الفرق بأن الوارث شريك فهو لمباشرة ملكه والأجنبى لاحق له فى البستان فلا يلزم من تمكين الوارث تمكين الأجنبى ، لكن الظاهر عدم الفرق لأنه لاضرورة على المالك ولا منة عليه وفيه نفع للعامل ، فأشبه مالو استأجر من يعمل عنه (قوله كذلك) أى كعمل المالك بعد هرب العامل متبرعا (قوله استحق العامل) أى فى الصورتين (قوله وإن بحث) اعتمده حج (قوله واستئجاره) أى الحاكم من ماله : أى العامل ، وقوله أو رضى : أى الأجير (قوله اقترض عليه) قال فى شرح الروض : وقولهم استقرض واكترى عنه يفهم أنه ليس له أن يساقى عنه وهو كذلك اه سم على حج (قوله عمل المالك بنفسه) أى ورجع بالأجرة (قوله وقيده السبكى) معتمد (قوله مطلقا) سواء تعذر عمله أم لا كان العامل المالك أم لا قدرت له أجرة أم لا (قوله نعم يتخير المالك بين الفسخ الخ) وإذا فسخ بعد ظهور الثمرة فلا يبعد استحقاق العامل منها لحصة ما عمل بناء على أنه شريك والقياس أن يستحق أجرة المثل لأن قضية الفسخ ترادّ العوضين فيرجع لبدل

أى إذا انضبط ، وقوله فى الثانى : أى إذا لم ينضبط (قوله والإتمام مثال) أى كما أن الهرب مثال كما أشار إليه الشارح بقوله والتبرّع عنه مع حضوره كذلك (قوله وللمالك فعل ماذكر) أى الاستئجار

الحاكم) لكونه فوق مسافة العدوى أو حاضرا ولم يجبه لما سأله أو أجابه لكن بمال يأخذه منه فيما يظهر (فليشهد على الإنفاق) لمن استأجره وأنه بذله بشرط الرجوع أو على العدل إن عمل بنفسه وأنه إنما عمل بشرط الرجوع (إن أراد الرجوع) تنزيلا للإشهاد حينئذ منزلة الحكم : ويصدّق حينئذ بيمينه فى قدر ما أنفقه على الوجه المعتاد كما رجحه السبكى . وسيأتى نظيره فى هرب الجمال . فإن لم يشهد كما ذكره امتنع الرجوع لظهور تبرعه ، فإن تعذر الإشهاد لم يرجع أيضا لندور العذر . فإن عجز عن العمل والإنفاق حينئذ ولم تظهر الثمرة فله الفسخ وللعامل أجرة عمله . وإن ظهرت فلا فسخ وهى لهما (ولو مات) العامل قبل العمل (وخلف تركة أتم الوارث العمل منها) كبقية ديون مورثه (وله أن يتم العمل بنفسه أو بماله) ولا يكلف الوفاء من عين التركة ، ويلزم المالك تمكينه حيث كان عارفا بالعمل ثقة ، فإن امتنع بالكلية استأجر الحاكم عليه . أما إذا لم يخلف تركة فللوارث العمل ولا يجبر عليه ، ومحل ذلك إذا كانت على الذمة وإلا انفسخت بموته كالأجير المعين ، ولا تنفسخ بموت المالك مطلقا فيستمرّ العامل ويأخذ حصته ، ولو ساقى البطن الأوّل البطن الثانى ثم مات الأوّل فى أثناء المدة وكان الوقف وقف ترتيب فينبغى أن تنفسخ كما قاله الزركشى لأنه لايكون عاملا لنفسه . واستثنى من ذلك الوارث إذا ساقى

عمله وهو أجرة المثل وفاقا لم ر فورا ، وقد يؤيده قوله فى نظيره والثمر كله للمالك فليتأمل اهـ سم على حج (قوله لكن بمال) وإن قل اهـ حج : أى له أو لمن يوصله إليه ويوجه بأنه ظلم (قوله فليشهد على الإنفاق) وينبغى الاكتفاء بواحد ويحلف معه إن أراد الرجوع (قوله فإن عجز) أى فيما لو كانت المساقاة فى الذمة ليتأتى قوله وإن ظهرت فلا فسخ . أما إذا كانت الإجارة على العين خير بين الفسخ والصبر مطلقا كما تقدم فى قوله نعم يتخير المالك الخ (قوله فإن تعذر الإشهاد لم يرجع) ظاهره عدم الرجوع ظاهرا وباطنا ، ولو قيل بأن له الرجوع باطنا لم يكن بعيدا . بل ومثله سائر الصور التى قيل فيها بعدم الرجوع لفقد الشهود فإن الشهود إنما تعتبر لإثبات الحق ظاهرا ، وإلا فالمدار فى الاستحقاق وعدمه على ما فى نفس الأمر (قوله وخلف تركة) شامل للثمرة المعامل عليها إذا مات بعد ظهورها ، ويوافقه مامر للشارح فى هرب العامل من قوله واستئجاره من ماله إن وجد ولو من حصته إذا كان بعد بدوّ الصلاح أو رضى بأجرة مؤجلة اهـ (قوله ويلزم المالك تمكينه) أى الوارث (قوله وإلا انفسخت بموته) أى ولوارثه أجرة مثل مامضى إن لم تظهر الثمرة ، فإن ظهرت أخذ جزءا منها ، وهل يوزع باعتبار المدتين وإن تفاوتا أو باعتبار العمل لأنه قد يختلف فى المدة قلة وكثرة ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله كالأجير) قال فى شرح الروض : قال السبكى وغيره : وينبغى أن يكون محله إذا مات فى أثناء العمل الذى هو عمدة المساقاة ، فإن مات بعد بدوّ الصلاح أو الجذاذ ولم يبق إلا التجفيف ونحوه فلا اهـ . ولو كانت الثمرة ظهرت أو كانت المساقاة بعد ظهورها هل ينقطع استحقاقه من الثمرة ؟ فيه نظر ، ولا يبعد أن يستحق منها بقسط ما عمل قبل موته . والقياس أن يستحق أجرة المثل دون الثمرة لارتفاع العقد بالانفساخ ، وقد وافق م ر آخرا على هذا القياس اهـ سم على حج (قوله لا مطلقا) سواء كانت المساقاة على عين العامل أو ذمته (قوله فينبغى أن تنفسخ) وفائدته انقطاع تعلق حق

(قوله وسيأتى نظيره فى هرب الجمال) فى بعض النسخ بدل هذا ما نصه : لكن مقتضى كلامهما وهرب الجمال تصديق العامل فإنهما رجحا قبول الجمال وعللاه بأن المنفق لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم فيكون هنا كذلك ، فإن لم يشهد الخ (قوله فينبغى أن ينفسخ كما قاله الزركشى الخ) سيأتى فى أواخر الباب الآتى عن الزركشى وغيره نظير هذا فى الإجارة وردّ بأنه مبنى على ضعيف . ويؤخذ من قوله هنا لأنه لايكون عاملا لنفسه الفرق بين هذا وبين ما يأتى (قوله واستثنى من ذلك الوارث) هو ظاهر فى الحائز ، وأما غيره فينبغى أن يفسخ فى حصته

مورّثه ثم مات المورّث فتنفسخ (ولو ثبت خيانة عامل) بإقراره أو بينة أو يمين ردّ (ضم إليه مشرف) ولا ترتفع يده للزوم العمل عليه ، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق ، فتعين جمعا بين الحقين وأجرة المشرف عليه ، فإن ضم إليه لريبة فقط فالأجرة على المالك (فإن لم يتحفظ) العامل (به) أى المشرف عن الخيانة (استؤجر من ماله عامل) لتعذر الاستيفاء منه ، هذا إن كان العمل فى الذمة وإلا تخير المالك فيما يظهر كما مرّ نظيره (ولو خرج الثمر مستحقا) لغير المساقى وإن لم يخرج الشجر كذلك ، وقول الشارح بخروج الشجرة مستحقة جرى على الغالب (فللعامل) عند جهله بالحال (على المساقى أجرة المثل) لأنه فوّت منافعه بعوض فاسد فرجع ببدلها ، كما لو استأجر رجلا للعمل فى مغصوب فعمل جاهلا ، أما إذا كان عالما بالحال فلا شىء له جزما ، وتصح الإقالة فى المساقاة كما قاله الزركشى . قال : فإن كان ثم ثمرة لم يستحقها العامل ولا يصح بيع شجر المساقاة من المالك قبل خروج الثمرة ويصح بعدها ، والعامل مع المشترى كما كان مع البائع ، وليس للبائع بيع حصته من الثمرة وحدها بشرط القطع لشيوعه إن قلنا بأن قسمة ذلك بيع ، فإن قلنا إفراز وهو الأصح صح ، ولو شرط المالك على العامل أعمالا تلزمه فأثمرت الأشجار والعامل لم يعمل بعض تلك الأعمال استحق جميع ما شرط له كما لو لم يعمل شيئا لأنه شريك كما قاله الماوردى وغيره ، وما فى فتاوى القاضى من أنه يستحق بالقسط مفرع على المرجوح القائل بأنه أجير .

البطن الأول بالثمرة حتى لو كان عليه دين لم يتعلق بالثمرة لأنها ليست من التركة والوارث إنما استحقها من قبل الواقف (قوله فتنفسخ) أى وفائدته استحقاق الوارث لها تركة حتى لو كان على الميت دين تعلق بها مقدما على حق الورثة (قوله فالأجرة على المالك) وينبغى أن يكون مثل ذلك مالو ضم لناظر الوقف مشرف لمجرد الريبة فيكون فى مال الوقف قياسا على المالك لأن الحظ فى ذلك للوقف ، أما لو ثبتت خيانته فيفسق (قوله فللعامل الخ) قال فى الروض : وإن تلفت : أى الثمرة أو الشجر طولب الغاصب وكذا العامل بالجميع ، بخلاف الأجير للعمل فى الحديقة المغصوبة : أى لا يطالب ويرجع العامل لكن قرار نصيبه عليه اهـ سم على حج (قوله فإن كان ثم) أى حين الإقالة (قوله لم يستحقها العامل) ظاهره أنه لا أجرة ، وعليه فيفرق بينه وبين ما مر من أنه لو فسخ المالك لهرب العامل استحق أجرة المثل لما مضى من عمله بأن الإقالة لما كانت بالتوافق منهما كان ذلك رضا منه بإسقاط حقه من العمل ، بخلافه فيما مر فإن المالك لما استقبل بالفسخ لم ينقطع تعلق حق العامل (قوله من المالك) متعلق ببيع

(قوله وليس للبائع بيع حصته من الثمرة الخ) عبارة العباب : وبيع أحدهما فقط نصيبه من الثمرة بشرط القطع باطل انتهت . ووجه البطلان أن الشريك قد لا يجيب للقسمة فيتعذر الوفاء بشرط القطع (قوله إن قلنا بأن قسمة ذلك بيع) أى فالقول بالبطلان مبنى على الضعيف ، وكان الأولى أن يصدر بالصحة ثم يقول : والقول بالبطلان مبنى على أنّ قسمة ذلك بيع .

كتاب الإجارة

بتثليث الهمزة والكسر أفصح ، وهى لغة : اسم للأجرة ثم اشتهرت فى العقد . وشرعا : تمليك منفعة بعوض بالشروط الآتية منها علم عوضها وقبولها للبذل والإباحة ، فخرج بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها وبالعلم المساقاة والجعالة على عمل مجهول فلايشترط فى الأول علم العوض ، وإن كان قد يكون معلوما كأن ساقاه على ثمرة موجودة ، وقد تقع الثانية على عمل معلوم . والأصل فيها قبل الإجماع آيات كقوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ـ ومنازعة الأسنوى فى الاستدلال بها مردودة ، إذ مفادها وقوع الإرضاع للآباء وهو مستلزم الإذن لهن فيه بعوض وإلا كان تبرعا ، وهذا الإذن بالعوض هو العقد ، وقوله أيضا ـ فإن تعاسرتم ـ الآية ، وأخبار كاستئجاره صلى الله عليه وسلم والصديق رجلا من بنى الديل يقال له

كتاب الإجارة

(قوله ثم اشتهرت) أى لغة على وجه المجاز بدليل قوله وشرعا (قوله وقبولها للبذل والإباحة) عطف تفسير على البذل ، ويدل ما عليه قوله فى بيان المحترز : فخرج بالأخير وبالعلم (قوله نحو منفعة البضع) أى فلا تصح أجرة الجوارى للوطء ، وقوله على أن الخ أشار به إلى عدم ورود عقد النكاح (قوله على أن الزوج) أى فلا حاجة للإخراج (قوله وبالعلم) أى بالعوض (قوله على عمل) قيد فى الجعالة فإن عملها قد يكون معلوما ، بخلاف المساقاة فإن عملها مجهول دائما . نعم عوضها قد يكون معلوما كأن عقد على ثمرة موجودة (قوله فلا يشترط فى الأول) أى المساقاة أشار به إلى دفع ما أورد عليه من أن التعريف غير مانع إذ يدخل فيه المساقاة إذا كان عوضها معلوما والجعالة إذا كان عملها معلوما . وحاصل الجواب أنه لايرد واحد منهما لأن العلم بالعمل والعوض شرط فى الإجارة ، وليس ذلك شرطا فى المساقاة والجعالة وإن اتفق وجوده . واعترض سم على حج هذا الجواب بأن عدم الاشتراط لادخل له فى دفع الاعتراض ، لأنه متى دخل فى التعريف فرد من غيره لم يكن مانعا اهـ . وأقول أما المساقاة فلا ترد لأن العوض وإن كان معلوما لكن العمل مجهول فلا تصدق الإجارة عليها ، وأما الجعالة فيمكن إخراجها بأن يزاد فى التعريف مايؤخذ من صيغتها الآتية أنها بلفظ الإجارة أو نحوها (قوله وإن كان) أى العوض (قوله فإن تعاسرتم الآية) قال حج : ولك أن تقول إن أراد المنازعة على أصل الإيجار فرده بما ذكر واضح ، أو مع الإيجاب والقبول لم يصلح ذلك لرده إذ لادلالة فيها على القبول لفظا بوجه ، والصدّيق مفعول معه ، ويصح أن يكون عطفا على الضمير فهو بالجر (قوله من بنى الديل) بكسر الدال وسكون الياء التحتية ،

كتاب الإجارة

(قوله منها علم عوضها) يعنى عوض الإجارة الشامل للمنفعة والأجرة بدليل قوله فيما يأتى : وبالعلم المساقاة والجعالة على عمل مجهول ، أما الضمير فى قبولها فهو للمنفعة بدليل ما أخرجه بذلك أيضا . ولك أن تقول : إذا كان الضمير فى عوضها للإجارة كما تقرر فلا ترد المساقاة أصلا لأن أحد العوضين فيها وهو العمل لايكون إلا مجهولا فهى خارجة باشتراط العلم فى العوضين هنا (قوله على عمل مجهول) فيه أن الجدّ حينئذ غير مانع لدخول

عبد الله بن الأريقط ، وأمره صلى الله عليه وسلم بالمؤاجرة والحاجة بل الضرورة داعية إليها . أركانها أربعة : صيغة وأجرة ، ومنفعة ، وعاقد . ولكونه الأصل بدأ به فقال (شرطهما) أى المؤجر والمستأجر الدالّ عليهما لفظ الإجارة (كبائع ومشتر) لأنها صنف من البيع ، فاشترط فى عاقدها مايشترط فى عاقده مما مرّ كالرشد وعدم الإكراه بغير حق . نعم استئجار كافر لمسلم ولو لإجارة عين صحيح لكنها مكروهة ، ومن ثم أجبر فيها على إيجاره لمسلم وإيجار سفيه نفسه لما لايقصد من عمله كالحج لجواز تبرعه به . ويصح بيع السيد للعبد نفسه لا إجارته إياها لإفضاء بيعه إلى عتقه فاغتفر فيه مالم يغتفر فى الإجارة لعدم أدائها إليه . ولو كان لوقف ناظران فأجر أحدهما الآخر أرضا للوقف صح إن استقل كل منهما وإلا فلا على مابحثه العراقى ، ويأتى فيه مامر فى الوصيين والعاملين

وقيل بضم أوله وكسر ثانيه مهموزا اهـ فتح البارى أى ليدلهم على طريق المدينة حين الهجرة (قوله بالمؤاجرة) هو بالهمز ، يقال كما فى القاموس أجره إيجارا ومؤاجرة ، ويجوز إبدال الهمزة واوا لكونه مفتوحا بعد ضمة (قوله داعية إليها) أى الإجارة (قوله كبائع) قال الزركشى : وعلم منه أنه لايصح إجارة للأعمى لأنه لايصح بيعه . نعم له أن يؤجر نفسه كما للعبد الأعمى أن يشترى نفسه . قاله فى الروضة وشرح المهذب فى كتاب البيع ، وكذا للغير أن يستأجر ذمته لأنها سلم . وقضية قوله وكذا للغير أن يستأجر ذمته أنه لايصح منه أن يلزم ذمة الغير ، وقياس ما فى السلم من جواز كونه مسلما ومسلما إليه جواز ذلك هنا ، وقوله كبائع : أى كشرط بائع (قوله لأنها صنف من البيع) أى لأنها فى المنافع والسلم صنف من البيع (قوله نعم استئجار كافر الخ) هو وما بعده استدراك على مايفهم من قوله كبائع ومشتر من أنه لاتصح إجارة السفيه كما لايصح بيعه ، ومن أنه لايصح استئجار الكافر مسلما كما لايصح شراؤه له (قوله لكنها) أى إجارة العين ، ومفهومه عدم الكراهة فى إجارة الذمة (قوله ومن ثم أجبر الخ) مجرد الكراهة لايستلزم الإجبار على إزالة اليد عنه . وكان الأولى أن يقول : ومن ذلك يجبر على إيجاره الخ . وقوله فيها : أى فى إجارة العين (قوله على إيجاره) أى فلو لم يفعل وخدمه بنفسه استحق الإجارة المسماة (قوله لما لايقصد) أى بأن يكون غنيا بماله عن كسب يصرفه على نفقة نفسه ومن تلزمه مؤنته أخذا مما قدمه الشارح فى باب الحجر (قوله ويصح بيع السيد للعبد نفسه) أى وأما لو وكل شخص عبدا فى شراء نفسه أو استئجارها لموكله فيصح كما مر فى باب الخيار (قوله ويأتى فيه مامر) وهو أن المعتمد امتناع معاملة أحدهما للآخر مطلقا خلافا لحج ثم وهنا عبارة الشارح ثم ، ولو كان له عاملان مستقلان فهل لأحدهما معاملة الآخر ؟ وجهان أوجههما نعم إن أثبت المالك لكل منهما الاستقلال بالتصرف أو الاجتماع فلا كالوصيين على ماقاله الأذرعى فيهما ورجحه غيره ، لكن المعتمد كما فى آداب القضاء للإصطخرى منع بيع أحدهما فيأتى نظير ذلك فى العاملين ، لكن حج إنما ذكر الصحة فيما لو اشترى أحد وصيين من الآخر شيئا لأحد محجوريهما من مال الآخر ، وعلل الصحة فيه بعدم التهمة ، بخلاف الناظرين فإن أحدهما يشترى لنفسه من الآخر وفيه تهمة ، فإن حمل كلام الشارح فى الوصيين على أن أحدهما يشترى لنفسه من الآخر كانت مسئلة غير التى فرض الكلام فيها حج

المساقاة والجعالة على معلوم ، فلا يكون فى التعريف ما يخرجهما ، وعبارة التحفة : وبالعلم المساقاة والجعالة كالحج بالرزق فإنه لايشترط فيهما علم العوض وإن كان قد يكون معلوما كمساقاة على ثمرة موجودة وجعالة على معلوم انتهت . فجعل المساقاة والجعالة خارجين مطلقا بقيد اشتراط العلم هنا لأنهما وإن وقعا على معلوم إلا أنه ليس على وجه الاشتراط (قوله ويأتى فيه مامرّ فى الوصيين والعاملين) أى فلا يصح إيجار أحدهما من الآخر مطلقا على قياس ما اختاره ثم

(والصيغة) معتبرة هنا كالبيع فيجرى فيها خلاف المعاطاة . ويشترط فيها جميع مامر فى صيغة البيع إلا عدم التأقيت . وهى صريحة وكناية ، فمن الصريح (أجرتك هذا أو أكريتك) هذا أو عوضتك منفعة هذه الدار سنة بمنفعة دارك كما اقتضاه إفتاء القاضى (أو ملكتك منافعه سنة) ليس ظرفا لأجر وما بعده لأنه إنشاء وهو ينقضى بانقضاء لفظه بل لمقدر نحو انتفع به سنة ، ونظيره قوله تعالى ـ فأماته الله مائة عام ـ أى وألبثه مائة عام ، ولا يقال : يصح جعله ظرفا لمنافعه المذكورة فلا يحتاج لتقدير وليس كالآية كما هو واضح . لأنا نقول : المنافع أمر موهوم الآن والظرفية تقتضى خلاف ذلك ، فكان تقدير ماذكر أولى أومتعينا (بكذا) وإن لم يقل من الآن . وتختص إجارة الذمة بنحو ألزمت ذمتك أو سلمت إليك هذه الدراهم فى خياطة هذا أو فى دابة صفتها كذا أو فى حملى إلى مكة (فيقول) المخاطب متصلا (قبلت أو استأجرت أو اكتريت) أو استكريت ، ومن الكناية جعلت لك منفعته سنة بكذا أو اسكن دارى شهرا بكذا . ومنها الكتابة ، وتنعقد باستيجاب وإيجاب وبإشارة أخرس أفهمت ، وأفهم كلامه اعتبار التوقيت وذكر الأجرة لانتفاء الجهالة حينئذ ؛ وموردها إجارة العين والذمة المنافع لأنها المقصودة لا العين عند الجمهور (والأصح انعقادها) أى الإجارة (بقوله أجرتك) أو أكريتك (منفعتها) أى الدار سنة بكذا ، إذ المقصود منها المنفعة فذكرها تأكيد . والثانى المنع لأن لفظ الإجارة وضع مضافا للعين لأن المنفعة لامنفعة لها فكيف يضاف العقد عليها (و) الأصح (منعها) أى منع انعقادها (بقوله بعتك) أو اشتريت (منفعتها) لأن

(قوله وألبثه مائة عام) عبارة البيضاوى : فألبسه ميتا مائة عام أو أماته الله فلبث ميتا مائة عام ، وعبارة حج : ونظيره فى التقدير على القول به فى الآية قوله تعالى ـ فأماته الله مائة عام ـ أى وألبثه مائة عام اهـ . وقضية قوله على القول به فى الآية أن ثم من لايقدر فى الآية محذوفا فلا يكون مما نحن فيه (قوله والظرفية تقتضى الخ) ينظر وجه هذا الاقتضاء . وعليه فيرد ماقدره لأن الانتفاع أمر موهوم الآن مع أن معنى انتفع استوف منافعه . وبالجملة فدعوى هذا الاقتضاء مما لاسند لها إلا مجرد التخيل ، وما يقول فى نحو لله على أن أصوم هذه السنة أو أن أعتكف هذا اليوم ، فإن كلا من الصوم والاعتكاف أمر موهوم الآن مع ظرفية السنة واليوم لهما بالإجماع ظرفية لاشبهة فى صحتها لأحد اهـ سم على حج . وقد يقال : يمكن الفرق بأن الاعتكاف والصوم معناهما فعل مخصوص من المعتكف والصائم يمكن أن يتصور على وجه مخصوص يصيره عنده كالمحسوس ، ولا كذلك المنافع فإن تصورها يكون بأمر إجمالى يختلف متعلقه باختلاف المنافع قلة وكثرة (قوله خلاف ذلك) أى المحقق : أى خلاف الموهوم بأن يكون المظروف محققا (قوله فكأن تقدير ماذكر) أى إن جعل ظرفا لمنافع ومتعينا إن جعل ظرفا لأجر (قوله وإن لم يقل من الآن) عبارة حج : لايشترط عندهما وإن نوزعا فيه أن يقول من الآن (قوله وتختص) أى زيادة على مامر من الصيغ (قوله بنحو ألزمت ذمتك) أى كذا ، وكان الأولى أن يذكره وخرج به مالو قال ألزمتك فإنه إجارة عين كما نقل سم على منهج عن الدميرى أنه أقرب احتمالين ، وعبارته : ولو قال للأجير ألزمتك عمل كذا فهل هو إجارة عين أو ذمة ؟ ذكر فيه الدميرى احتمالين ، وقال : الأقرب أنه إجارة عين اهـ (قوله أو فى دابة) أى لحمل كذا أو نحوه وإلا فهذه الصيغة إنما هى فى الدابة نفسها (قوله وتنعقد باستيجاب) كآجرنى وإيجاب واستقبال وقبول كما هو ظاهر (قوله وأفهم كلامه) أى زيادة على مامر من الصيغ (قوله لانتفاء الجهالة) أى أى وهو كذلك لانتفاء الجهالة فليس علة للإفهام (قوله مضافا إلى العين) أى مرتبطا بها وإن كان المقصد به المنفعة

لفظ البيع موضوع لتمليك العين فلا يستعمل فى المنفعة كما لاينعقد بلفظ الإجارة ، وعلم مما تقرر أنه لايكون كناية والقول بذلك مردود باختلال الصيغة حينئذ ، إذ لفظ البيع يقتضى التأبيد فينافى ذكر المدة ، ولو قال فى إجارة الذمة ألزمت ذمتك كذا كفاه عن لفظ الإجارة ونحوها (وهى قسمان: واردة على عين كإجارة العقار) ولم يقيده بما بعده إشارة إلى عدم تصوّر إجارة الذمة فيه لانتفاء ثبوته فيها (ودابة أو شخص) أى آدمى ،ولكونه ضد الدابة اتضحت التثنية المغلب فيها المذكر لشرفه فى قوله (معينين) فيتصوّر فيهما إجارة الذمة أو العين . وما بحثه الجلال البلقينى من إلحاق السفن بهما لا بالعقار أفتى الوالد رحمه الله تعالى بخلافه ، وهو أنه لاتصح إجارتها ، إلا إجارة عين كالعقار بدليل عدم صحة السلم فى السفن والمراد بالعين هنا مقابل الذمة ، وهو ما يتقيد العقد به ، وفى صورة الخلاف السابقة آنفا مقابل المنفعة وهو مايرد العقد عليه . ولو أذن أجير العين لغيره فى العمل بأجرة فعمل فلا أجرة للأوّل مطلقا . وأما الثانى فله أجرة المثل : أى على الآذن له كما هو ظاهر (و) واردة (على الذمة كاستئجار دابة) مثلا (موصوفة) بالصفات الآتية (و) يتصوّر أيضا (بأن يلزم ذمته) عملا ، ومنه أن يلزمه حمله إلى كذا أو (خياطة أو بناء) بشرطهما الآتى أو يسلم إليه فى إحداهما أو فى دابة موصوفة ليحمله إلى مكة مثلا بكذا (ولو قال استأجرتك) أو اكتريتك (لتعمل كذا) أولكذا أو لعمل كذا (فإجارة عين) لأن الخطاب دالّ على ارتباطها بعين المخاطب كاستأجرت عينك (وقيل) إجارة (ذمة) لأن القصد حصول العمل لا بالنظر لفاعله ، ويرد بمنع ذلك نظرا لما دل عليه الخطاب (ويشترط فى إجارة الذمة) إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم ،

(قوله كما لاينعقد) أى البيع (قوله وعلم مما تقرّر أنه) أى بعتك منفعتها (قوله والقول بذلك) مشى عليه حج (قوله ولو قال فى إجارة الذمة الخ) هذه الصورة علمت من قوله أوّلا ، وتختص بنحو: ألزمت ذمتك . وأما لو اقتصر على عمل كذا ولم يذكر لفظ الذمة فإجارة عين كما تقدم عن الدميرى (قوله لم يقيده بما بعده) أى من قوله معين (قوله فيتصور فيهما) أى الدابة والشخص (قوله أفتى الوالد الخ) أى خلافا لحج (قوله وهو ما) أى محسوس اه حج (قوله السابقة آنفا) هى قوله ومورد إجارة العين الخ (قوله فلا أجرة للأوّل) أى على الأوّل وقوله مطلقا علم الفساد أولا (قوله وأما الثانى) وفى نسخة : ولا للثانى إن علم الفساد وإلا فله الخ ، وتعقبه سم بما صورته تقدم فى القراض والمساقاة أنه قد يستحق مع علم الفساد فما الفرق اه سم على حج . قد يفرق بأنه ثم وضع يده على المال بإذن من المالك فكان عمله فيه جائزا ، وما هنا بغير إذن منه فهو كمأذون الغاصب وعمله مهدر مع العلم ، ومن ثم لوكانت المساقاة على عينه وساقى غيره انفسخت المساقاة على مامر، ولاشىء للعامل الثانى على الأوّل إن علم الفساد ، وقول سم قد يستحق مع علم الخ معناه أنه قد يستحق ذلك مع علم الفساد لابقيد كونه عاملا ثانيا ، بل مراده أن العامل من حيث هو يستحق كما لو قال ساقيتك على أن لك من الثمرة أو الربح جزءا (قوله على الآذن) أى لاعلى المالك (قوله ومنه أن يلزمه حمله) أى بأن يقول ألزمتك حملى إلى كذا لكن قدمنا عن الدميرى أنه لو قال ألزمتك عمل كذا كان إجارة عين فيحتمل أن ماهنا مفرع على كلام غير الدميرى فما عن الدميرى خلاف المعتمد ، ويحتمل أن ماهنا مصوّر بما لو قال ألزمت ذمتك حملى إلى كذا فلا يكون مخالفا له (قوله أو يسلم إليه فى أحدهما) أى الخياطة والبناء (قوله أو لعمل كذا) أى أو ألزمتك عمل كذا كما قدمناه عن الدميرى ، وأشار الشارح بما ذكره من الأمثلة إلى أنه لافرق بين التعبير بالفعل والمصدر (قوله إن عقدت الخ) أى سواء عقدت

(قوله ولكونه ضد الدابة) أى العرفية التى هى ذات الأربع (قوله اتضحت التثنية) ولا يقدح فيه كون العطف بأو ، لأن محل تعين الإفراد بعدها إذا كانت للشك أو نحوه ، لا للتنويع (قوله بلفظ إجارة) ،

(تسليم الأجرة فى المجلس) كرأس مال السلم لأنها سلم فى المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء أتأخر العمل فيها عن العقد أم لا والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها . وإنما اشترطوا ذلك فى العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه فى العقد على ما فى الذمة بلفظ البيع مع كونه سلما فى المعنى أيضا لضعف الإجارة حيث وردت على معدوم وتعذر استيفاؤها دفعة ، ولا كذلك بيع ما فى الذمة فيهما فجبروا ضعفها باشتراط قبض أجرتها فى المجلس (وإجارة العين) الأجرة فيها كالثمن فى البيع فحينئذ (لايشترط ذلك) أى تسليم الأجرة (فيها) فى المجلس معينة أو فى الذمة : نعم يتعين لتسليمها محل العقد على مامر فى السلم (ويجوز) فى الأجرة (فيها) أى إجارة العين (التعجيل والتأجيل) للأجرة (إن كانت) تلك الأجرة (فى الذمة) كالثمن ويجوز الاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها ، فإن كانت معينة لم يجز تأجيلها لأن الأعيان لاتقبل التأجيل (وإذا أطلقت) الأجرة عن ذكر تأجيل وتعجيل (تعجلت) كثمن المبيع المطلق ولأن المؤجر يملكها بالعقد لكن لايستحق استيفاءها إلا بتسليم العين ، فإن تنازعا فيمن يبدأ به فكما مر فى البيع كما قاله المتولى خلافا للماوردى (وإن كانت) الأجرة (معينة) بأن ربطها بعين أو مطلقة أو فى الذمة (ملكت فى الحال) بنفس العقد ولو مؤجلة كما يملك المستأجر المنفعة به فى إجارة العين لكن ملكا مراعى كلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على مايقابل ذلك وسيذكر أنها لاتستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها ، ولو أجر الناظر الوقف سنين وقبض الأجرة جاز له دفع جميعها لأهل البطن الأول وإن علم موتهم قبل مضى مدتها ، فلو مات القابض قبل مضى المدة لم يضمن المستأجر ولا الناظر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى تبعا لابن الرفعة ، خلافا للقفال لأن الموقوف عليه ملكها فى الحال ظاهرا ، وعدم

بلفظ الخ فالمراد منه التعميم لا التقييد . ويرشد إلى ذلك الفرق الآتى بين العقد بلفظ الإجارة وبينه بلفظ البيع (قوله فيمتنع فيها) الأولى التعبير بالواو وامتناع التأجيل وما بعده لايتفرع على مجرد اشتراط تسليم الأجرة فى المجلس . نعم لو قال يشترط لها ماشرط لرأس مال السلم شمل ذلك كله ، ويمكن أن التفريع بالنظر لما أفاده التشبيه بقوله كرأس مال السلم (قوله وإنما اشترطوا ذلك) أى تسليم الأجرة (قوله ولم يشترطوه) أى بناء على ماتقدم للشارح من أن المعتمد فيما ذكر أن الأحكام تابعة للفظ دون المعنى خلافا لابن حجر ثم ، أما هنا فعبارته كالشارح (قوله باشتراط قبض) أى وعدم الاستبدال عنها إلى آخر ماتقدم (قوله محل العقد) أى تلك المحلة حيث كان المحل صالحا ولم يعينا غيره (قوله والابراء منها) أى ولو فى المجلس كما يأتى (قوله وإذا أطلقت الأجرة) أى التى فى الذمة فى إجارة العين أو الذمة (قوله فكما مر فى البيع) أى فيبدأ هنا بالمؤجر إن كانت الأجرة فى الذمة وإلا فيجبران (قوله أو فى الذمة) أى بأن صرح فيها بذلك وإلا فالمطلقة محمولة على الذمة ، ثم رأيته فى سم على حج (قوله ولو أجر الناظر الوقف سنين) أى مع مسوغ له جاز له : أى بأن وجب عليه ، ولا يجوز له أن يدخر منه شيئا لجهة الوقف حيث لم يكن ثم مايقتضى ذلك حالا (قوله فلو مات القابض الخ) أى وأما لو مات الناظر المؤجر ، فإن

يعنى كل لفظ من ألفاظها المارة وليس المراد خصوص هذا اللفظ ، وكان الأوضح أن يقول : سواء كان بلفظ الإجارة أو السلم ، إذ المراد التعميم لا التقييد (قوله للأجرة) بعد قول المصنف التعجيل والتأجيل لاحاجة إليه مع قوله فى الأجرة السابقة عقب قول المصنف ويجوز (قوله أو دين) أى بأن قال بالعشرة التى فى ذمة فلان (قوله أو مطلقة) عطف على معينة فى المتن : أى فما فى المتن ليس بقيد ، والمراد أنها تملك فى الحال سواء عينها بأن

الاستقرار لاينافى جواز التصرف كما نصوا عليه فى كتاب الزكاة فيما لو أجر داره سنين وقبض الأجرة فحكموا بالملك فيها وأوجبوا زكاتها بمجرد مضى الحول الأول على أصح الطريقين وإن كان لا يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر على الأظهر ، وكما حكموا بأن الزوجة تملك الصداق وتتصرف فى جميعه قبل الدخول وكذلك فى الموصى له بالمنفعة مدة حياته إذا أجر الدار وقبض أجرتها له التصرف فيها ويرجع المستحق بحصته من الأجرة المسماة فى تركة القابض . وقضية ملكها فى الحال ولو مؤجلة صحة الإبراء منها وإن كان فى مجلس العقد لأنه لاخيار فيها فكان كالإبراء من الثمن بعد لزومه ، بخلافه قبله لأن زمن الخيار كزمن العقد فكأنه باع بلا ثمن (ويشترط) لصحة الإجارة (كون الأجرة معلومة) جنسا وقدرا وصفة إن كانت فى الذمة وإلا كفت مشاهدتها فى إجارة العين والذمة كما مر نظيره فى الثمن . ويؤخذ من تشبيهها بالثمن أنها لو حلت وقد تغير النقد وجب من نقد يوم العقد لا يوم تمام العمل ولو فى الجعالة ، إذ العبرة فى الأجرة حيث كانت نقدا بنقد بلد العقد وقته ، فإن كانت ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها كما بحثه الأذرعى . والعبرة فى أجرة المثل فى الفاسدة بموضع إتلاف المنفعة نقدا ووزنا ، وجواز الحج بالرزق مستثنى توسعة فى تحصيل العبادة على أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا للولى العراقى ، بل هو نوع من التراضى والمعونة فهو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسئلة العلج (فلا تصح) إجارة لدار (بالعمارة) لها (و) لا لدابة بصرف أو بفعل (العلف) لها بفتح اللام المعلوف به وبإسكانها كما بخطه المصدر للجهل بهما وإن كان عينا كآجرتكها بدينار على أن تصرفه فى عمارتها أو علفها للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة ، فإن صرف وقصد الرجوع به رجع وإلا فلا ، والأوجه أن التعليل بالجهل جرى

كان من أهل الوقف وشرط له النظر مدة استحقاقه انفسخت الإجارة بموته وإلا فكما يأتى (قوله فحكموا بالملك فيها) أى الأجرة (قوله وأوجبوا زكاتها) أى زكاة جميع الأجرة (قوله ويرجع المستحق) وهو من انتقل إليه الوقف (قوله فى تركة القابض) أى فإن لم يكن له تركة فلا شىء له كسائر الديون ولا رجوع له على الناظر كما يأتى بعد قول المصنف فى فصل لاتنفسخ إجارة الخ ولا بموت متولى الوقف الخ (قوله صحة الإبراء) هذا هو المعتمد ، وقوله منها : أى الأجرة (قوله لأنه لاخيار فيها الخ) أى على الراجح . وقضية أنه على القول بثبوت الخيار فيها لايصح الإبراء منها (قوله بعد لزومه) أى العقد ، وقوله قبله : أى اللزوم (قوله ولو فى الجعالة) الأولى أن يقول : وكالأجرة الجعالة لأنها لاتصلح غاية للإجارة (قوله اعتبر أقرب البلاد إليها) أى فلو استوى إليها محلان واختلف نقداهما اشترط تعيين نقد أحدهما كما فى البيع ببلد بها نقدان لم يغلب أحدهما (قوله فلا تصح إجارة لدار بالعمارة) أى حيث كانت العمارة مجهولة لما يأتى فى قوله فإن عينت الخ (قوله وإن كان) غاية إلى ماعقد عليه من الأجرة به ، وقوله عينا : أى معلوما (قوله فإن صرف وقصد الخ) ظاهره أنه لافرق فى الرجوع بما صرفه عند نيته بين كون الآذن مالكا أو غيره كولى المحجور عليه وناظر الوقف . وقد يقال فى جواز ذلك على غير المالك نظرا لأنه لاينبغى له الإذن المذكور بل حقه أن يباشر بنفسه فإذنه لاغ ، لكنه إن جرت العادة بذلك احتمل الاكتفاء به فليراجع ، والأقرب الأول ، وظاهره أنه لايتوقف رجوعه على إشهاد وهو قريب . هذا

ربطها بعين أو دين أو قال فى ذمتى أو أطلق (قوله ولو فى الجعالة) الأولى كالجعالة (قوله للجهل بالصرف) أى العمل ؛ وقوله فتصير الأجرة مجهولة : أى لأنها مجموع الدينار والصرف . والمجهول إذا انضم إلى معلوم صيره مجهولا (قوله فإن صرف وفقد الرجوع به رجع) أى بالمصروف وبأجرة عمله

على الغالب . فلو كان عالما بالصرف فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع . والحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت مطلقا وإلا كآجرتكها بعمارتها ، فإن عينت صحت وإلا فلا . أما إذا أذن له فى صرفها بعد العقد بلا شرط فيه وتبرّع المستأجر به فيجوز ، واغتفر هنا اتحاد القابض والمقبض للحاجة على أنه فى الحقيقة لااتحاد تنزيلا للقابض من المستأجر وإن لم يكن معينا منزلة الوكيل عن المؤجر وكالة ضمنية . ويؤخذ من ذلك صحة ماجرت به العادة فى زمننا من تسويغ الناظر المستحق باستحقاقه على ساكن الوقف فيمايظهر ويصدق المستأجر بيمينه فى أصل الإنفاق وقدره كما رجحه السبكى لأنه ائتمنه . ومحله إذا ادعى قدرا لائقا فى العادة كما يأتى نظيره فى الوصى وأولى وإلا احتاج إلى بينة ، ولا ينافيه قولهم لو قال الوكيل أتيت بالتصرّف المأذون فيه وأنكر الموكل صدق الموكل لأنه ليس هناك شىء فى الخارج يحال عليه قول الوكيل والأصل عدم ما ادّعاه وهنا العمارة موجودة فى الخارج ولا تستغنى الدابة عن العلف فصدّق المستأجر ، وحينئذ فلا جامع بين المسئلتين ولا تكفى شهادة الصناع له أنه صرف على أيديهم كذا لأنهم وكلاؤه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى وهو ظاهر . ولو اكترى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطلها فيها لنحو عمارة ، فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت

ويحتمل أن المستأجر يرجع بما صرفه على الناظر والناظر لا رجوع له على جهة الوقف ، كما لو غصب شاة واستأجر قصابا لذبحها فذبحها جاهلا يكون المستأجر غاصبا فإن القصاب يرجع على الغاصب بأجرة المثل لكونه حمله على الفعل والغاصب لايرجع على المالك بشىء لتعديه ، وهذا الاحتمال هو الظاهر (قوله بشرط أن يحصده البائع) أى فإنه باطل (قوله كان هناك شرط) أى أو ما فى قوّة الشرط كآجرتكها بعمارتها (قوله فإن عينت) أى العمارة كآجرتكها بعمارة هذا المحل (قوله وتبرّع المستأجر به) أى بالعمل (قوله فيجوز) أى سواء كان ذلك فى الملك أو الوقف (قوله منزلة الوكيل) فيه أن تنزيله منزلة الوكيل يصح قبضه عن الناظر فيكون فى يده أمانة للناظر . ودخوله فى ملكه يستلزم كونه قابضا عن الناظر مقبضا لنفسه فلم ينتف الاتحاد المذكور (قوله وكالة ضمنية) لكن يشكل عليه قوله الشخص لايكون وكيلا عن غيره فى إزالة ملك نفسه عن الأجرة ، وقد يمنع ذلك بأنه ليس وكيلا عن المستأجر لأن المستأجر يفرغ ذمته مما اشتغلت به والعملة هم الوكلاء عن المؤجر فى قبض الأجرة من المستأجر ، لكن يبقى الإشكال المشار إليه فيما مرّ بأن فيه اتحاد القابض والمقبض (قوله ويؤخذ من ذلك) أى من الاكتفاء بالإذن للمستأجر فى الصرف (قوله ويصدّق المستأجر) هو ظاهر حيث كانت الإجارة من المالك . أما ناظر الوقف إذا وقع منه مثل ذلك ففى تصديق المستأجر فيما صرفه نظر فليراجع لأن تصديقه ليس فى مملوك له بل تصديق على صرف مال الوقف وقد لايكون المستأجر فيه صادقا (قوله وهنا العمارة موجودة) قضيته أنه لو كان الموكل فيه نحو عمارة بمال دفعه إليه واختلفا بعد وجود عمارة بالصفة المأمور بها صدق الوكيل اهـ سم على حج . أقول : وهو ظاهر (قوله أنه صرف على أيديهم كذا) أى لأنفسهم . أما لو شهدوا بأنه اشترى الآلة التى بها بكذا وكانوا عدولا وشهد بعضهم لغيره بأنه دفع له كذا عن أجرته لم يمتنع . أو قالوا نشهد بأنه صرف على عمارة المحل كذا ولم يضيفوا ذلك لأنفسهم فيقبل القاضى شهادتهم مالم يعلم القاضى أنهم يعنون أنفسهم (قوله يعلم عادة)

(قوله وتبرّع المستأجر به) أى بصرفه بمعنى عمله (قوله اتحاد القابض والمقبض) أى المستأجر لأنه يصير كأنه أقبض المؤجر ثم قبض منه للصرف هكذا ظهر فليتأمل (قوله على أيديهم) المراد على عملهم ومن ثم علله بقوله لأنهم وكلاؤه أى فهى شهادة على فعل أنفسهم بخلاف ما لو شهدوا بأنه صرف كذا فإنها تقبل إلا إن علم الحاكم أنهم يعنون أنفسهم قاله الزيادى (قوله فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة) انظر ما مفهوم هذا الشرط ، وعبارة العباب : لو أجر

فسدت وإلا ففيها وفيما بعدها (ولا) الإيجار (ليسلخ) شاة مذبوحة (بالجلد ويطحن) براً (ببعض الدقيق أو النخالة) التي تخرج منه للجهل بثخانة الجلد ورقته ونعومة الدقيق وخشونته لانتفاء القدرة عليهما حالا ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وفسر بأن يجعل أجرة الطحن لحب معلوم قفيزا مطحونا . قال السبكي : ومنه مايقع فى هذه الأزمان من جعل أجرة الجاني العشر مما يستخرجه . قال : فإن قيل لك نظير العشر لم تصح الإجارة أيضا ، وفى صحته جعالة نظر ، والأوجه فيها البطلان للجهل بالجعل (ولو استأجرها) أى امرأة مثلا (لترضع رقيقا) له أى حصته الباقية بعد ماجعله منه أجرة المذكور فى قوله (ببعضه) المعين كسدسه (فى الحال جاز على الصحيح) للعلم بالأجرة ولا أثر لوقوع العمل المكترى له فى ملك غير المكترى لوقوعه بطريق التبعية ، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر وانتصر للمقابل بما يرده مامر من التفصيل ، ومن ثم اختار السبكي أنه إن استأجرها على الكل أو أطلق ولم تدل قرينة على أن المراد حصته فقط امتنع ، وهو مراد النص لوقوع العمل فى ملك غير المكترى قصدا أو على حصة المستأجر فقط جاز ، لكن المعتمد إطلاق الصحة كما اقتضاه كلامهم ، واحترز بقوله فى الحال عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام مثلا فلا يصح قطعا لما مرّ أن الأجرة المعينة لاتؤجل

قضيته أنه لو لم يعلم بل طرأ مايوجب تعطلها عدم الانفساخ وهو كذلك كما يعلم مما سيأتى فيما لو غصبت الدابة المستأجرة من ثبوت الخيار على ما يأتى (قوله فإن شرط الخ) أى من جانب المؤجر أو المستأجر ووافقه عليه (قوله وإلا ففيها) أى فيبطل فيها الخ ، وطريقهم للصحة تجديد العقد فيما بقى من المدة بأجرة معلومة (قوله ليسلخ) من باب قطع ودخل اهـ مختار (قوله ويطحن براً ببعض الدقيق) خرج بالدقيق ما لو استأجره ببعض البرّ ليطحن باقيه فلا يمتنع . وعبارة حج : وصورة المسئلة أن يقول لتطحن الكل بقفيز منه أو يطلق ، فإن قال استأجرتك بقفيز من هذا لتطحن ماعداه صح ، فضابط مايبطل أن يجعل الأجرة شيئا تحصل بعمل الأجير اهـ . وقياس مامر للشارح فيما لو ساقى أحد الشريكين شريكه وما يأتى فيما لو استأجر امرأة لإرضاع رقيق ببعضه فيصح سواء قال لتطحن باقيه أو كله الآن من أن المعتمد فيه الصحة مطلقا أنه هنا كذلك (قوله أو النخالة) أى ابتداء (قوله والأوجه فيها البطلان) خلافا لحج أى ويستحق أجرة المثل (قوله أى امرأة مثلا) أى أو ذكرا أو صغيرا سم على منهج (قوله لترضع رقيقا) أى مثلا أخذا من قوله الآتى بخلاف المرأة الخ (قوله المذكور) هو بالجرّ نعت لما (قوله وانتصر للمقابل بما يردّه مامر) يتأمل وأن مامر فى المساقاة ليس فيه مايرد ماذكر لأن المعتمد فيه الصحة وإن قال ساقيتك على جميع هذه الحديقة (قوله لكن المعتمد إطلاق الصحة) أى هنا وفى المساقاة ، ومثله فى الصحة استئجاره لطحن هذه الويبة بربعها فى الحال ، ولا يضر وقوع العمل فى المشترك كما فى مساقاة أحد الشريكين الآخر ، وهذا هو المعتمد وإن نوزع فيه مر اهـ سم على حج . وقول سم وهذا هو المعتمد : أى حال كونه حبا ، وما ذكره يفهمه

حانوتا خرابا على أن يعمره من ماله ويحسب من الأجرة أو حماما على أن مدة تعطله محسوبة على المستأجر بمعنى انحصار الأجرة فى الباقى ، أو على المؤجر بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة فسدت لجهل نهاية المدة ، فإن علمت بعادة أو تقدير كتعطل شهر كذا للعمارة بطل فى تلك المدة وما بعدها وصح فيما اتصل بالعقد انتهت (قوله قال السبكي ومنه مايقع فى هذه الأزمان الخ) تراجع عبارة التحفة (قوله أى حصته الباقية) تبع فى هذا الحل الشهاب ابن حجر المختار لهذا التفصيل لكنه هو يختار فيما يأتى الإطلاق فكان الأصوب حذف هذا التفسير (قوله بما يرده مامر من التفصيل)

وللجهل بها إذ ذاك ، وخرج بنحو المرأة استئجار شاة مثلا لإرضاع طفل . قال البلقيني : أو سخلة فلا يصح لعدم الحاجة مع عدم قدرة المؤجر على تسليم المنفعة كالاستئجار لضراب الفحل بخلاف المرأة لإرضاع سخلة (و) يشترط لصحتها أيضا (كون المنفعة) معلومة كما يأتى (متقوّمة) أى لها قيمة ليحسن بذل المال فى مقابلتها وإلا بأن كانت محرمة أو خسيسة كان بذل المال فى مقابلتها سفها ، وكونها واقعة للمكترى وكون العقد عليها غير متضمن لاستيفاء عين قصدا كاستئجار بستان لثمرته بخلاف نحو طفل لإرضاعه ، وكونها تستوفى مع بقاء العين ، وكونها مباحة مملوكة مقصودة لاكتفاحة للشم فإن كثر التفاح صحت الإجارة لأن منه ماهو أطيب من كثير من الرياحين كما ذكره الرافعى وإن نازعه السبكى وغيره ، وكونها تضمن بالبدل لا ككلب وتباح بالإباحة لاكبضع وأكثر هذه القيود مأخوذة من كلامه (فلا يصح استئجار بياع على كلمة) ومعلم على حروف من قرآن أو غيره (لاتتعب) قائلها عادة فيما يظهر (وإن روّجت السلعة) إذ لاقيمة لها ، فلو استأجر عليها مع انتفاء التعب بتردد أو كلام فلا شىء له وإلا فله أجرة المثل ، وما بحثه الأذرعى من أن الفرض أنه استأجره على مالا تعب فيه فتعبه غير معقود عليه

قول الشارح السابق وفسر بأن تجعل الخ (قوله إذ ذاك) أى وقت الفطام (قوله شاة مثلا) أى أو قناة أو بئر للانتفاع بمائها حج (قوله لعدم الحاجة) ولأنها لاتنقاد للإرضاع ، بخلاف الهرة فإنها تنقاد بطبعها لصيد الفأر فصح استئجارها له اهـ سم على حج . ومن طرق استحقاقه أجرة للهرة أن يضع يده عليها لعدم مالكها ويتعهدها بالحفظ والتربية فيملكها بذلك كالوحوش المباحة حيث تملكها بالاصطياد (قوله كاستئجار بستان) أى ولا استئجار أرض لنحو جدرانها ويأخذ مافيها من الآلات لأن الإجارة إنما تستحق بها المنفعة لا الأعيان ، وعليه فلو استأجر أرضا للبناء أو غيره ثم حفر للتوصل لاستيفاء المنفعة التى استأجر لها فوجد فى الأرض أحجارا مدفونة أو أصول جدران على ملك المؤجر إن كانت ملكا ولجهة الوقف إن كانت وقفا فعليه دفعها للمالك حيث لم يعرض عنها ، ومع ذلك لاتملك إلا بعقد أو لناظر الوقف ، فإن تصرف فى شىء منها ضمنها ضمان المغصوب ، وقوله لثمرته : أى فإنه باطل (قوله بخلاف نحو طفل) أى بخلاف استئجار المرأة لإرضاع نحو الخ (قوله وإن نازعه) أى فى صحة الإجارة (قوله مع انتفاء التعب) أى وفعلها مع الخ (قوله وإلا فله أجرة المثل) أى بأن استأجره على كلمة لاتتعب واحتاج فى الإتيان بها إلى تردد . وقع السؤال عن رجل دفع لآخر بيضا يخدمه إلى أن يفرخ وقال له لك منه كذا هل ذلك صحيح أم لا ؟ والجواب عنه بأنه إن استأجره ببعضه حالا صح واستحقه شائعا وإلا كان إجارة فاسدة فالمفرخ للمالك وعليه للمقول له أجرة مثل عمله أخذا من مسئلة الاستئجار لإرضاع الرقيق المذكورة فى كلام المصنف

هو تابع فيه أيضا للشهاب المذكور وهو مبنى على مامر له كما مرت الإشارة إليه (قوله وكونها واقعة للمكترى) أى أو موكله أو موليه ، وخرج بذلك العبادة التى لاتقبل النيابة كالصلاة (قوله بخلاف نحو طفل) صوابه بخلاف استئجارها لارتضاع نحو طفل (قوله وكونها مباحة) قد يقال هذا يغنى عنه قول المصنف متقوّمة ومن ثم أخرج هو بها المحرمة كما مر (قوله مع انتفاء التعب) لايخفى أن هذا الظرف لم يتقدم عليه مايصح تعلقه به إلا لفظ استئجار ، وحينئذ يكون المعنى : لو استأجر ، والحال أن التعب منتف : أى بأن كان ذلك معلوما وقت الإيجار ، ويكون معنى قوله وإلا : أى وإن لم ينتف التعب بل كان موجودا : أى معلوما عند الإيجار كما هو قضية تعلق الظرف باستئجار ، وحينئذ فيشكل لأن التعب إذا كان معلوما فهو صورة الصحة ، وعبارة التحفة وحيث لم يصح فإن تعب بكثرة تردد أو كلام فله أجرة مثل وإلا فلا انتهت . فجعل التعب أمرا عارضا ، والصورة

فيكون متبرعا به مردود بأنه لايتم عادة إلا بذلك . فكان كالمعقود عليه ، وشمل كلام المصنف ما كان مستقرّ القيمة ، وما لم يستقرّ خلافا لمحمد بن يحيى إلا أن يحمل كلامه على مافيه تعب . أما مايحصل فيه تعب من الكلمات كما فى بيع الدور والرقيق ونحوهما مما يختلف ثمنه باختلاف المتعاقدين فيصح الاستئجار عليه . وفى الإحياء امتناع أخذ طبيب أجرة على كلمة بدواء ينفرد به لانتفاء المشقة ، بخلاف ماهر عرف إزالة اعوجاج نحو سيف بضربة واحدة أى وإن لم يكن فيها مشقة ، إذ هذه الصناعات يتعب فى تعلمها ليكتسب بها ويخفف عن نفسه التعب ، وخالفه البغوى فى هذه ، ورجح الأذرعى الأول ، وهو الأوجه (وكذا دراهم ودنانير للتزيين) أو الوزن بها أو الضرب على سكتها (و) نحو (كلب للصيد) أو الحراسة به فإن ذلك لايصح استئجاره (فى الأصح) لأن منفعة التزين بهما غير مقصودة غالبا بدليل عدم ضمان غاصبهما أجرتهما ونحو الكلب لاقيمة لعينه ولا لمنفعته . والثانى ينازع فى ذلك . أما إذا لم يصرح بالتزيين أو لم يكن الكلب معلما فلا تصح جزما . وخرج بالكلب الخنزير فلا تصح إجارته جزما والمتولد منهما كذلك كما قاله بعضهم . وخرج بالدراهم والدنانير الحلىّ فتجوز إجارته حتى بمثله من ذهب أوفضة ويعلم مما مر فى الزكاة عدم صحة إجارة دنانير مثقوبة غير معارة للتزين بها ، ولو استأجر شجرة للاستظلال بظلها أو الربط بها أو طائرا للأنس بصوته كالعندليب أو لونه كالطاوس صح لأن المنافع المذكورة مقصودة متقوّمة ، ويصح استئجار هرّ لدفع الفأر . وشبكة وباز وشاهين لصيد لأن منافعها متقوّمة (وكون المؤجر قادرا على تسليمها) بتسليم محلها حسا وشرعا ليتمكن المستأجر منها والقدرة على ذلك تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فدخل المستأجر فله إيجار ما استأجره والمقطع له إجارة ما أقطعه له الإمام كما أفتى به المصنف ،

(قوله خلافا لمحمد بن يحيى) حيث قال : محل عدم صحة الإجارة على كلمة لاتتعب إذا كان المنادى عليه مستقر القيمة اهـ شيخنا زيادى بالمعنى (قوله فيصح الاستئجار عليه) وكأنهم اغتفروا جهالة العمل هنا للحاجة فإنه لايعلم مقدار الكلمات التى يأتى بها ، ولا مقدار الزمان الذى يصرف فيه التردد للنداء ، ولا الأمكنة التى يتردد إليها (قوله لانتفاء المشقة) يؤخذ منه صحة الإجارة على إبطال السحر ، لأن فاعله يحصل له مشقة بالكتابة ونحوها من استعمال البخور وتلاوة الأقسام التى جرت عادتهم باستعمالها ، ومنه إزالة مايحصل للزوج من الانحلال المسمى عند العامة بالرباط ، والأجرة على من التزم العوض ولو أجنبيا حتى لو كان المانع من الزوج والتزمت المرأة وأهلها العوض لزمت الأجرة من التزامها وكذا عكسه ، ولا يلزم من قام المانع به الاستئجار لأنه من قبيل المداواة وهى غير لازمة للمريض من الزوجين ، ، ثم إن وقع إيجار صحيح بعقد لزم المسمى وإلا فأجرة المثل ، ولا ينافى قولنا أوّلا ولو أجنبيا قول الشارح وكونها واقعة على المكترى لجواز أن ماهنا من الجعالة لا من الإجارة ، وقد صرحوا فيها بأنه لو قال شخص من ردّ عبد زيد فله كذا فلزوم الجعل للملتزم على رد العبد (قوله فى هذه) أى فى ضربة السيف (قوله الأوّل) أى الصحة (قوله كذلك) أى لاتصح إجارته جزما (قوله حتى بمثله من ذهب) أى لأن المعقود عليه فى الإجارة المنفعة فلا ربا فى ذلك لأنه إنما يكون فى بيع النقد بمثله (قوله للتزين بها) أى لحرمة استعمالها (قوله كالعندليب) بوزن الزنجبيل طائر يقال له الهزار بفتح الهاء وجمعه عنادل اهـ مختار الصحاح (قوله فله إيجار ما استأجره) أى وإن لم ينص على ذلك فى عقد الإجارة بملك المنفعة ولا يحجر على الشخص فى ملكه

أن الكلمة من شأنها لاتتعب ، فلعل مااقتضاه كلام الشارح غير مراد له (قوله مردود بأنه لايتم عادة إلا بذلك) قد يقال هذا لايردّ بحث الأذرعى لأن فرض المسئلة أن الإجارة على مامن شأنه عدم التعب وما العادة فيه عدم التعب

لأنه مستحق لمنفعته وإن خالفه الفزارى وجماعة من علماء عصره وأفتوا بالبطلان فإن المقطع لم يملك المنفعة وإنما أبيح له الانتفاع بها كالمستعير ، وفصل الزركشى بين أن يأذن الإمام له فى الإيجار ، أو يجرى به عرف عام ، كديار مصر فتصح وإلا فتمتنع اهـ . ويمكن أن يجمع بذلك بين الكلامين ، وتوجه الصحة مع عدم ملكه المنفعة بأن اطراد العرف بذلك نزله منزلة إذن الإمام (فلا يصح استئجار) من نذر عتقه . أو شرط فى بيعه ، ولا استئجار (آبق ومغصوب) لغير من هو بيده ، ولا قدرة له على انتزاعه عقب العقد : أى قبل مضىّ مدة لمثلها أجرة أخذا مما يأتى فى التفريغ من نحو الأمتعة وذلك كبيعهما . ويؤخذ منه أن قدرة المؤجر على الانتزاع كذلك كافية ، وألحق الجلال البلقينى بذلك مالو تبين أن الدار مسكن الجن وأنهم يؤذون الساكن برجم أو نحوه ، وهو ظاهر إن تعذر دفعهم ، وعليه فطروّ ذلك بعد الإجارة كطروّ الغصب بعدها (و) لا استئجار (أعمى للحفظ) بالنظر وأخرس للتعليم إجارة عين لاستحالته ، بخلاف الحفظ بنحو يد وإجارة الذمة مطلقا لأنها سلم وعلى المسلم إليه تحصيل المسلم فيه بأىّ طريق كان (و) لا استئجار (أرض للزراعة لا ماء لها دائم) أى مستمر (ولا يكفيها المطر المعتاد) ولا ما فى معناه كثلج أو نداوة ، ولا تسقى بماء غالب الحصول لعدم القدرة على التسليم ، ومجرد الإمكان غير كاف كإمكان عود الآبق ونحوه . ولو قال المؤجر أحفر لك بئرا : أى ولو قبل العقد فيما يظهر وأسقى أرضك منها ، أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الإجارة كما قاله الرويانى : أى إن كان قبل مضى مدة من وقت الانتفاع بها لمثلها أجرة ، إذ لاضرر عليه حينئذ لأنه يتخير عند عدم وفائه له بذلك فى فسخ العقد ، وخرج بالزراعة مالو عمم كاستئجارها لما شاء أو لغير الزراعة فيصح (ويجوز) إيجارها (إن كان لها ماء دائم) من نحو نهر أو عين لسهولة الزراعة حينئذ ، ويدخل شربها إن اعتيد دخوله أو شرط وإلا فلا لعدم شمول اللفظ له ، ومع دخوله لايملك المستأجر الماء بل يسقى به على ملك المؤجر كما رجحه السبكى ، وبحث ابن الرفعة أن استئجار الحمام كاستئجار الأرض للزراعة (وكذا) يجوز إيجارها (إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلوج المجتمعة) فى نحو جبل

(قوله لأنه مستحق لمنفعته) وإن جاز للسلطان الاسترداد اهـ حج : أى حيث كان أقطع إرفاقا ، أما إقطاع التمليك يمتنع على الإمام الرجوع فيه (قوله وذلك كبيعهما) التشبيه فى أصل الحكم فإنه لايشترط ثم كون القدرة قبل مضىّ مدة لها أجرة بل الشرط أن يقدر بلا مؤنة أو كلفة لها وقع (قوله كذلك) أى قبل مضى مدة الخ (قوله وألحق الجلال البلقينى بذلك) أى بالآبق والمغصوب (قوله إن تعذر دفعهم) أفهم أنه لو لم يتعذر دفعهم صحت الإجارة ، ومنه مالو أمكن دفعهم بكتابة أو نحوها كتلاوة قسم والأجرة على المستأجر حيث أجاز الإجارة (قوله كطروّ الغصب بعدها) أى فلا تنفسخ به الإجارة ويثبت للمكترى الخيار ، فإن غصب بغير انتفاع بها لتعذره انفسخت فيها كما يأتى (قوله يؤذون الساكن برجم) قضيته أنه لو لم تكن الدار معدّة للسكنى بل لخزين أمتعة كتبن ونحوه صح استئجارها لذلك وهو ظاهر (قوله ولو قبل) أى القول (قوله إذ لاضرر عليه) أى المستأجر (قوله فيصح) أو يفعل ماجرت العادة به فى تملك الأرض (قوله لايملك المستأجر الماء) أى فلو فضل منه شىء عن السقى كان للمؤجر لبقائه على ملكه (قوله كاستئجار الأرض للزراعة) أى فإن كان له ماء معتاد ويغلب حصوله صح وإلا فلا

(قوله ويمكن أن يجمع بذلك الخ) سيأتى أن الراجح صحة إيجاره مطلقا . والكلام فى إقطاع الأوقاف ، أما إقطاع التمليك فيصح اتفاقا (قوله من نذر عتقه) ظاهره وإن كانت مدة الإجارة تنقضى قبل دخول وقت العتق بأن كان معلقا على شىء كقدوم غائب والظاهر أنه غير مراد فليراجع (قوله أى مستمرّ) دفع به إيهام أن

(والغالب حصولها فى الأصح) لأن الغالب حصول الغالب ، والثانى لايجوز لعدم الوثوق بحصول ماذكر ، ويجوز استئجار أراضى مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة وإن لم ينحسر عنها الماء حيث رجى انحساره فى وقته عادة وقبله إن كان ريها من الزيادة الغالبة ، ويعتبر فى كل زمن بما يناسبه ، والتمثيل بخمسة عشر أو سبعة عشر باعتبار ذلك الزمن ، ولو أجرها مقيلا ومراحا وللزراعة لم تصح مالم يبين عين مالكل ، ويتجه تقييده بما إذا قصد توزيع أجرة منفعة الأرض على المنافع أخذا مما بعدها ، ومن ثم قال القفال : لو أجره ليزرع النصف ويغرس النصف لم يصح إلا أن يبين عين ما لكل منهما (والامتناع) للتسليم (الشرعى) لتسليم المنفعة (كالحسى) فى حكمه (فلا يصح استئجار لقلع) أو قطع ما منع الشرع قطعه أو قلعه من نحو (سن صحيحة) وعضو سليم وإن لم يكن من

(قوله ويجوز استئجار أراضى مصر) وسيأتى أن هذه مستثناة من اشتراط اتصال المنفعة بالعقد (قوله للزراعة) لو تأخر إدراك الزرع عن مدة الإجارة فلا تقصير لم يجب القلع قبل أوانه ولا أجرة عليه م ر . وقوله ولا أجرة عليه يخالفه قول الروض وإن تأخر الإدراك لعذر حرّ أو برد أو مطر أو أكل جراد لبعضه : أى كرءوسه فنبت ثانيا كما قاله فى شرحه بقى بالأجرة إلى الحصاد اه سم على منهج . أقول : ويمكن حمل قول م ر ولا أجرة عليه على مالو كانت الأرض تزرع مرّة واحدة واستأجرها لزراعة الحب على ما جرت به العادة فى زرع البرّ ونحوه فتأخر الإدراك عن وقته المعتاد فلا يكلف الأجرة لجريان العادة فى مثله بتبقية الزرع إلى وقت إدراكه وإن تأخر ، وحمل قول الروض بقى بالأجرة على مالو قدر مدة معلومة أدرك الزرع قبل فراغها فيلزم بأجرة مازاد على المدة المقدرة إذا جرت العادة بانتفاع بها بعد انقضاء المدة بزرع آخر (قوله وإن لم ينحسر) أى الماء (قوله فى وقته عادة) أى فإن تأخر عن الوقت المعتاد ثبت له الخيار (قوله وقبله) أى الرىّ . وقوله والتمثيل بخمسة عشر : أى ذراعا (قوله ويتجه تقييده) أى عدم الصحة (قوله بما إذا قصد) مفهومه أنه إذا أطلق لم يصح وينبغى أن حالة الإطلاق محمولة على توزيع الأجرة عن المنافع الثلاث ، ويخرج بذلك مالو قصد تعميم الانتفاع وأن المعنى آجرتك هذه الأرض لتنتفع بها ماشئت ، وإنما ذكر المنافع الثلاث لمجرد بيان ماشملته المنافع (قوله ليزرع النصف ويغرس الخ) بقى مالو أجره ليزرع النصف برّا والنصف شعيرا هل يجب أن يبين عين كل منهما على قياس ماذكر فى الزرع والغراس بجامع اختلاف الضرر ولأنه يمتنع إبدال الشعير بالحنطة ، أويفرق باتحاد الجنس هنا وهو الزرع بخلاف الزرع والغراس فإنهما جنسان ؟ فيه نظر ، وصمم مر على الفرق فليحرر اه سم على حج . أقول : والأقرب عدم الفرق (قوله كالحسى) أى الذى تقدم أنه مانع من الصحة فى قوله وكون المؤجر قادرا الخ ، وهذا بناء منه على أن المراد بالقدرة فيما مر الحسية ولو حملها على الأعم لاستغنى بما مرّ عن ذكر هذه (قوله من نحو سنّ صحيحة) ولو استأجر من يفعل ذلك وفعل لم يستحق أجرة لعدم الإذن فيما فعله شرعا كما لو استأجر لصدغ إناء ذهب فإنه لا أجرة له . نعم لو جهل الأجير أنها صحيحة فينبغى استحقاق الأجرة كما لو استأجر الغاصب من يذبح الشاة المغصوبة فذبحها جاهلا فإنه يستحق أجرة المثل كما تقدم ، وعلى هذا لو اختلفا فقال المؤجر ظننتها وجعة وقال المستأجر بل علمتها صحيحة فالأقرب تصديق المؤجر لأنه الظاهر من حاله ، إذ الغالب أن الإجارة لاتقع إلا على

المراد بالدائم الراكد كما عبروا به فى الطهارة (قوله ويتجه تقييده) انظر ما المراد به وما فى حاشية الشيخ لم يظهر لى
(قوله ومن ثم الخ) هذا من تعلق ما قبل التقييد المذكور ، فكان الأولى ذكره عقبه كما هو كذلك فى التحفة

آدمى للعجز عنه شرعا . أما مايجوز شرعا كسن وجعة فيصح الاستئجار لقلعها إن صعب الألم . وقال أهل الخبرة : إن قلعها يزيل الألم ، ولو استحق قلعها فى قصاص أو فى نظير ما يأتى فى السلعة فكذلك لأن الاستئجار فى القصاص واستيفاء الحدود جائز ، وفى البيان أن الأجرة على المقتص منه إذا لم ينصب الإمام جلادا يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح ولوكان السن صحيحا ولكن انصبّ تحته مادة من نزلة ونحوها وقال أهل الخبرة لاتزول المادة إلا بقلعها ، فالأشبه كما قاله الأذرعى جواز القلع للضرورة ، واستشكاله صحّها لنحو الفصد دون كلمة البياع رد بأنه فى معنى إصلاح اعوجاج السيف بنحو ضربة لاتتعب ، بل يمنع دعوى نفى التعب لأن تمييز العرق وإحسان ضربه لايخلو عن تعب ، ولو استأجره لقلع وجعة فبرئت لم تنفسخ بناء على جواز إبدال المستوفى به ، والقول بانفساخها مبنى على مقابله ، فإن منعه من قلعها ولم تبرأ لم يجبر عليه ويستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضىّ مدة إمكان العمل لكنها غير مستقرّة حتّى لو سقطت رد الأجرة كمن مكنت الزوج فلم يطأها ثم فارق . ويفارق ذلك مالو حبس الدابة مدة إمكان السير حيث تستقرّ الأجرة عليه لتلف المنافع تحت يده ، وما تقرر هنا لاينافى مانقل عن الإمام من استقرارها ، إذ هو مفروض فيما إذا تبين عدم تدارك الفعل المستأجر عليه ومامر فى إمكانه (ولا) استئجار (حائض) أو نفساء مسلمة (لخدمة مسجد) أو تعليم قرآن إجارة عين ولو مع أمن التلويث لاقتضاء الخدمة المكث وهى ممنوعة ، بخلاف الذمية على مامر كما قاله الأذرعى وبطروّ نحو الحيض ينفسخ العقد كما يأتى ،

ذلك (قوله إن صعب) أى قوى (قوله فكذلك) أى ولو صحيحة (قوله للضرورة) أى فتصح الإجارة اه حج (قوله لم تنفسخ) أى خلافا لحج (قوله بناء على جواز إبدال المستوفى به) أى ولو من غير جنسه حيث ساوى مايعوّض عنه نفسا واحدة أو زاد حيث رضى الأجير أو نقص حيث رضى المستأجر (قوله يجبر عليه) أى القلع (قوله لو سقطت) أى قبل تسليم المؤجر نفسه (قوله رد الأجرة) قد يقال : يشكل رد الأجرة هنا بما يأتى من أنه لو عرض الدابة المستأجرة على المستأجر أو عرض المفتاح فامتنع المستأجر من تسليم ماذكر حتّى مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة فالأقرب الأجرة . على أن قياس مامر له ، ويأتى من جواز إبدال المستوفى به عدم الردّ وأنه يستعمل المؤجر فيما يقوم مقام قلع السنّ المذكورة فليحرر (قوله لتلف) أى وذلك لتلف الخ (قوله فيما إذا تبين عدم تدارك) أى عدم مباشرة الفعل المستأجر عليه بلا مانع منه ، وفى نسخة إذا لم يطرأ ثم ماتبين به عدم إمكان الفعل المستأجر عليه الخ وهى أقعد (قوله بخلاف الذمية) محترز مسلمة : أى فإنه يجوز استئجارها . ووجه بأنها لاتمنع من المسجد بناء على الأصح من عدم منع الكافر الجنب من المكث فى المسجد ولو قيل بعدم صحة الإجارة ، وإن قلنا بعدم المنع لم يبعد لأن فى صحة الإجارة تسليطا لها على دخول المسجد ومطالبتها منا بالخدمة . وفرق بين هذا وبين مجرد عدم المنع . ويؤيد ذلك ماصرحوا به من حرمة بيع الطعام للكافر فى نهار رمضان مع أنا لانتعرض له إذا وجدناه يأكل أو يشرب (قوله على مامر) انظر فى أىّ محل مر (قوله وبطروّ نحو الحيض ينفسخ العقد) هذا قد يشكل على جواز إبدال المستوفى به ، إذ قياسه عدم الانفساخ وإبدال خدمة المسجد بخدمة بيت مثله ، إذ

(قوله فإن منعه من قلعها الخ) هذا التفريع وما بعده إلى آخر السوادة مبنى على المقابل فإنه كذلك برمته فى الروض وشرحه بناء على اختيار المقابل . فالحاصل أن المعتمد عدم الانفساخ واستقرار الأجرة ، وفى حاشية التحفة للشهاب سم التصريح بذلك ، وبه يندفع مافى حاشية الشيخ فى عدة قولات بناء على أنه تفريع على الأصح من عدم الانفساخ الذى هو الظاهر من سياق الشارح فتنبه (قوله على مامر) أى فى باب الحدث

فلو دخلت ومكثت عصت ولم تستحق أجرة . وفى معنى الحائض المستحاضة ومن به سلس بول أو جراحة نضاخة يخشى منها التلويث أما إجارة الذمة فتصح ، ولا يصح الاستئجار لتعليم التوراة والإنجيل والسحر والفحش والنجوم والرمل ، ولا لختان صغير لايحتمل ، ولا كبير فى شدة برد أو حرّ ، ولا لزمر ونياحة وحمل مسكر غير محترم إلا للإراقة ، ولا لتصوير حيوان وسائر المحرمات ، ولا يحل أخذ عوض على شىء من ذلك كبيع ميتة ، وكما يحرم أخذ عوض على ذلك يحرم إعطاؤه إلا لضرورة كفك أسير وإعطاء شاعر دفعا لهجوه وظالم دفعا لظلمه (وكذا) حرة (منكوحة لرضاع أو غيره) مما لايؤدى إلى خلوة محرمة فلا يجوز استئجارها إجارة عين (بغير إذن الزوج على الأصح) مالم يكن هو المستأجر لاستغراق أوقاتها بحقه . والثانى يجوز لأن محله غير محل النكاح ، إذ لاحق له فى لبنها وخدمتها لكن له فسخها حفظا لحقه ، ويؤخذ من تعليل الأول مابحثه الأذرعى أنه لو كان غائبا أو طفلا فأجرت نفسها لعمل ينقضى قبل قدومه أو تأهله للتمتع جاز . واعتراض الغزى له بأن منافعها مستحقة له بعقد النكاح ممنوع بأنه لايستحقها بل يستحق أن ينتفع وهو متعذر منه ، وخرج بالحرة الأمة فلسيدها إيجارها بغير إذنه فى وقت لايلزم تسليمها له . أما مع إذنه فتصح مطلقا . نعم المكاتبة كالحرة كما قال الأذرعى لانتفاء سلطنة

المسجد نظير الصبى المعين للإرضاع ، والثوب المعين للخياطة ، والخدمة نظير الإرضاع والخياطة اهـ سم على حج (قوله ولم تستحق أجرة) ظاهره وإن أتت بما استؤجرت له ، وهو ظاهر لما قرره من انفساخ الإجارة بطرو الحيض فإن ما أتت به بعد الانفساخ كالعمل بلا استئجار (قوله أما إجارة الذمة فتصح) لو أتت بالعمل بنفسها فى هذه بأن كنست المسجد بنفسها فى حالة الحيض فينبغى أن تستحق الأجرة وإن أثمت بالمكث فيه لحصول المقصد مع ذلك ، وبذلك يفارق ما لو استأجره لقراءة القرآن عند قبر مثلا فقرأه جنبا فإن الظاهر عدم استحقاقه الأجرة وذلك لعدم حصول المقصد ، لأنه لما أتى بالقرآن على وجه محرّم بأن قصد القراءة أو على غير وجه محرم يصرفه عن حكم القرآن كأن أطلق انتفى المقصود أو نقص وهو الثواب أو نزول الرحمة عنده م ر .

[فرع] سامع قراءة الجنب حيث حرمت هل يثاب ؟ لايبعد الثواب لأنه استماع للقرآن ولا ينافى ذلك الحرمة على القارئ م ر اهـ سم على حج (قوله ولا يصح الاستئجار لتعليم التوراة الخ) أى لجميع ذلك . أما لو استأجره البعض ، فإن كان معينا وعلم عدم تبديله صح وإلا فلا اهـ . وفى سم على منهج : فرع : لايصح استئجار ذمى مسلما لبناء كنيسة لحرمة بنائها وإن أقر عليه ، وما فى الزركشى مما يخالف ذلك ممنوع أو محمول على كنيسة لنزول المارة اهـ (قوله بغير إذن الزوج)

[فرع] ذكر بعضهم أنه يجوز للزوجة استئجار زوجها ، ولها منعه من الاستمتاع لكن تسقط نفقتها وهو واضح وافق عليه م ر ، ولعل المراد أن لها منعه وقت العمل لامطلقا اهـ سم على منهج . أقول : وفى دعوى السقوط والحالة ماذكر نظر لأنها تمنعه حقا وجب له عليها بل هو بإجارة نفسه فوت التمتع على نفسه فكان المانع منه لا منها (قوله لعمل) أى يعمله فى بيتها (قوله جاز) فلو حضر قبل فراغ المدة فينبغى الانفساخ فى الباقى اهـ سم على حج (قوله واعتراض الغزى له) أى لما بحثه الأذرعى (قوله أما مع إذنه) أى الزوج ولو اختلفا فى الإذن وعدمه

(قوله كفك أسير الخ) أى نظير المذكورات فى حل الدفع دون الأخذ عند الضرورة فالمراد منه مجرد التنظير للإيضاح وإلا ففك الأسير وما بعده ليس مما نحن فيه كما لايخفى (قوله مالم يكن هو المستأجر) فيه أن هذا يغنى عنه قول المتن بغير إذن الزوج إذ استئجاره إذن وزيادة

السيد عليها ، والعتيقة الموصى بمنافعها أبدا لايعتبر إذن الزوج فى إيجارها كما قاله الزركشى . وبغير المستأجر المنكوحة له فيجوز له استئجارها ولو لولده منها ، ومحل ما تقرر فيمن تملك منافعها ، فلو كانت مستأجرة العين لم تصح إجارتها نفسها قطعا ، وقد عمت البلوى باستئجار العكامين للحج ، وأفتى السبكى بمنعه لوقوع الإجارة على أعينهم للعكم فكيف يستأجرون بعد ذلك ، ورد بأنه لا مزاحمة بين أعمال الحج والعكم إذ يمكنه فعلها فى غير أوقاته لأنه لايستغرق الأزمنة ، وليس لمستأجر المنكوحة ولو للإرضاع منع زوجها من وطئها خوف الحبل وانقطاع اللبن كما فى الروضة ، والفرق بينه وبين منع الراهن من وطء المرهونة أنه هو الذى حجر على نفسه بتعاطيه عقد الرهن بخلاف الزوج ، وإذنه هنا ليس كتعاطى العقد كما لايخفى (ويجوز تأجيل المنفعة فى إجارة الذمة) إلى أجل معلوم لقبول الدين التأجيل كما لو أسلم فى شيء إلى أجل معلوم فإن أطلق كان حالا (كألزمت ذمتك الحمل) بكذا (إلى مكة أول شهر كذا) ومراده بأول الشهر هنا مستهله لما مر أن التأجيل به باطل على مانقلاه عن الأصحاب ومر ثم أن المعتمد مانقلاه عن الإمام والبغوى أنه يصح ويحمل على الجزء الأول ، وعليه فكلامه هنا على إطلاقه (ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة) كإجارة هذه الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من غد ، وكذا إن قال أولها من أمس وكإجارة أرض مزروعة لايمكن تفريغها إلا بعد مدة لمثلها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر ، ولو قال وقد عقد آخر النهار أولها يوم تاريخه لم يضر كما هو ظاهر لأن القرينة ظاهرة فى أن المراد باليوم الوقت أو فى التعبير باليوم عن بعضه وكل منهما سائغ شائع ولو قالا بقسطين متساويين فى السنة ، فإن أراد النصف فى أول أو آخر نصفها الأول والنصف فى أول أو آخر نصفها الثانى صح

صدق الزوج لأن الأصل عدم الإذن (قوله لايعتبر إذن الزوج) أى بل يؤجرها مالك المنفعة بلا إذن (قوله وبغير المستأجر) أى المفهوم من قوله مالم يكن هو المستأجر الخ (قوله ومحل ماتقرر) أى من الوجهين (قوله باستئجار العكامين للحج) أى عن المعضوب ليحجوا عنه (قوله ورد) معتمد (قوله فى غير أوقاته) أى العلم (قوله خوف الحبل) أى أما الوطء المضر بالطفل حالا فيمتنع كما يأتى له بعد قول المصنف وتصح لحضانة وإرضاع (قوله والفرق بينه الخ) وهذا الفرق يدل على أن السيد لو أجر أمته الخلية امتنع عليه وطؤها لأنه حجر على نفسه بتعاطيه عقد الإجارة وهو محل نظر ، والفرق بينه وبين الراهن لائح اه سم على حج . أقول : ولعله أن المستأجر هنا لايضيع حقه بنقصان المنفعة عليه لأنه يثبت له الخيار بتعيب العين المؤجرة فانفسخ رجع بما سلمه من الأجرة أو سقطت عنه إن لم يكن دفعها ، بخلاف الراهن فإنه بتقدير تلف العين المرهونة يفوت التوثق المقصود من الرهن بلا بدل (قوله كما لايخفى) أى لأن الإذن لايستلزم العقد الموجب لاستحقاق المنفعة ، بخلاف نفس الرهن مع الإقباض فإنه مستلزم للحجر عليه فى المرهون لحق المرتهن (قوله لما مر) أى فى السلم ، وقوله أن التأجيل به أى بالأولى (قوله وكذا إن قال أولها من أمس) صريح هذا بطلان الإجارة فى الجميع ، وقد تصح الإجارة فيما بقى من السنة بالقسط من المسمى وتبطل فيما مضى تفريقا للصفقة لاشتمال العقد على مايقبل الإجارة وما لايقبلها ، ولو قال بقسطين متساويين المراد من هذه العبارة أن القسط الأول ستة أشهر متوالية من أول السنة والقسط الثانى سنة متوالية تلى السنة الأولى (قوله أو آخر نصفها الأول) والمراد آخر جزء من النصف الأول أو أول جزء منه وبما بعده آخر

(قوله لايعتبر إذن الزوج فى إيجارها) ظاهره ولو فى أوقات التمتع ، والظاهر أنه غير مراد إذ لاتتقاعد عن الأمة (قوله ومحل ماتقرر فيمن يملك منافعها الخ) هذا لايختص بالمنكوحة كما لايخفى (قوله للحج) متعلق باستئجار.

كما هو واضح أيضا لاستغراقهما السنة حينئذ مع احتمال اللفظ له وإن اختلفا بطل للجهل به إذ يصدق تساويهما بثلاثة أشهر وثلاثة أشهر مثلا من السنة وذلك مجهول ، ويستثنى من المنع فى المستقبلة صور كما أجره ليلا لما يعمل نهارا وأطلق نظير مامرّ فى إجارة أرض للزراعة قبل ريها ، وكإجارة عين شخص للحج عند خروج قافلة بلده أو تهيئهم للخروج ولو قبل أشهره إذا لم يتأتّ الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير فى ذلك الوقت وفى أشهره قبل الميقات ليحرم منه وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين ودار مشغولة بأمتعة وأرض مزروعة يتأتى تفريغها قبل مضىّ مدة لها أجرة ، وكما فى قوله (فلو آجر السنة الثانية لمستأجر الأولى) أو مستحقهابنحو وصية أو عدة بالأشهر (قبل انقضائها جاز فى الأصح) لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر كما لو آجر منه السنتين فى عقد ، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه ، فإن وجد ذلك لم يقدح فى الثانى كما صرح به فى العزيز . والوجه

جزء من النصف الثانى أو أوّل جزء منه فأو بإسكان الواو ، والمراد الأوّل أو الآخر على التعيين لا واحد مبهم منهما (قوله غير بلد العاقدين) هل ابتداء المدة من زمن الوصول إليها كما هو قضية كون الإجارة لمنفعة مستقبلة بدليل استثنائها من المنع أو من زمن العقد ، وعليه فهل يلزمه أجرة المدة السابقة أو لا تلزمه إلا أجرة ما بقى من المدة بعد الوصول ؟ ولو كان الوصول يستغرق المدة فهل تمتنع الإجارة فى كل ذلك ؛ ولم أر منه شيئا ؛ ويتجه الأوّل وهو أن المدة إنما تحسب من زمن الوصول فليحرر اهـ سم على حج . ونقل هذا عن فتاوى النووى قال : فلا يضر فراغ السنة قبل الوصول إليها لأن المدة إنما تحسب من وقت الوصول إليها والتمكن منها . : أى وعلى الثانى فلو انقضت المدة قبل الوصول إليها كانت الإجارة فاسدة (قوله يتأتى تفريغها قبل) فى كل من الدار والأرض (قوله قبل مضىّ مدة لها أجرة) مفهومه أنه إذا كان زمن التفريغ يقابل بأجرة عدم الصحة . وقياس مامر فى مسئلة الدار عن إفتاء النووى الصحة هنا ، وتحسب المدة من التفريغ بالفعل والتمكن منها ، وقد يفرق بأن العاقدين لما كانا فى محل الزرع لم يكن بها ضرورة إلى العقد قبل التفريغ ، بخلاف الدار المؤجرة إذا كانت فى غير محل العقد سيما إذا فرط بعدها فقد تتعذر الإجارة إذا توقفت صحتها على الوصول إلى محلها فقلنا بصحة العقد ثم للحاجة بخلافه هنا (قوله كما لو آجر منه) أى له (قوله فإن وجد ذلك) أى الانفساخ (قوله لم يقدح) أى لأنه يغتفر فى الدوام

(قوله وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين) قال الشهاب سم : هل ابتداء المدة من زمن الوصول إليها كما هو قضية كون الإجارة لمنفعة مستقبلة بدليل استثنائها من المنع أو من زمن العقد ، وعليه فهل يلزمه أجرة المدة السابقة على الوصول أو لا يلزمه إلا أجرة مابقى من المدة بعد الوصول ، ولو كان الوصول يستغرق المدة فهل تمتنع الإجارة ؟ فى كل ذلك نظر ، ولم أر فيه شيئا ، ويتجه الأول وهو أن المدة إنما تحسب من زمن الوصول فليحرر اهـ ما قاله الشهاب المذكور . قال شيخنا فى حاشيته : ونقل هذا : يعنى الأوّل الذى استوجهه سم عن إفتاء النووى ، قال : أى النووى ، فلا يضرّ فراغ السنة قبل الوصول إليها لأن المدة إنما تحسب من وقت الوصول إليها والتمكن منها اهـ مافى حاشية الشيخ . وما نقل له عن إفتاء النووى لم أره فى فتاويه المشهورة . وفى فتاوى الشارح خلافه ، وهو أن المدة تحسب من العقد ، ونص مافيها : سئل عما لو أجر دارا مثلا بمكة شهرا والمستأجر بمصر مثلا هل يصح ذلك وإن كان لا يمكنه الوصول إلى مكة إلا بعد شهر ويستحق الأجرة أو لا بدّ من قدر زائد على مايمكن الوصول فيه ، وإذا فعل ذلك فهل يستحق جميع المسمى أو القسط منه بقدر الزائد المذكور ؟ فأجاب بأنه لابدّ من زيادة مدة الإجارة قبل وصوله وإلا لم تصح ، فإن زادت استقرّ عليه من الأجرة بقسط ما بقى منها فقط ، وفيها : أعنى فتاوى الشارح جواب آخر يوافق هذا فليراجع (قوله لم يقدح فى الثانى) قال فى التحفة : وللمؤجر حينئذ إيجار ما انفسخت فيه لغير مستأجر الثانية لأنه يغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء

الثانى لايجوز كما لوآجرها لغيره ، واحترز بقبل انقضائها عما لو قال آجرتكها سنة فإذا انقضت فقد آجرتكها سنة أخرى فلا يصح العقد الثانى كما لو علق بمجيء الشهر فلم ترد على كلامه ، ولو استأجر سنة فللمالك أن يؤجرها السنة الأخرى من الثانى لأنه المستحق للمنفعة ، وفى إيجارها من الأول وجهان أصحهما لا لأنه الآن غير مستحق للمنفعة ، وبه جزم صاحب الأنوار ، وهو مقتضى كلام القاضى والبغوى وإليه ميل الروضة ، ويجوز للمشترى لمـا آجره البائع من غيره إيجار ذلك من المستأجر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى واقتضاه كلام جمع ، خلافا لابن المقرى ، وفى جواز إيجار الوارث ما آجره الميت من المستأجر تردد الأقرب منه الجواز لأنه نائبه ، وقال الزركشى إنه الظاهر . وهذا كله إذا لم يحصل فصل بين السنتين وإلا فلا يصح قطعا ، وكلام المصنف كغيره شامل للطلق والوقف . نعم لو شرط الواقف أن لايؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا فى عقد وثلاثا فى عقد قبل مضىّ المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكى والأذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثانى ، وإن قلنا بصحة إجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف لأن المدتين المتصلتين فى العقدين فى معنى العقد الواحد ، وهذا بعينه يقتضى المنع فى هذه الصورة لوقوعه زائدا على ماشرطه الواقف ، وإن خالفه ابن الأستاذ وقال : ينبغى أن يصح نظرا إلى ظاهر اللفظ ولو أجر عينا فأجرها المستأجر لغيره ثم تقايل المؤجر والمستأجر الأوّل فالظاهر كما قاله السبكى وغيره صحة الإقالة ، ولا تنفسخ الإجارة الثانية ، ولو أجره حانوتا أو نحوه لينتفع به الإمام دون الليالى أوعكسه لم يصح لعدم اتصال زمن الانتفاع بعضه ببعض ، بخلاف العبد والدابة فتصح لأنهما عند الإطلاق للإجارة يرفعان فى الليل أو غيره على العادة لعدم إطاقتهما العمل دائما وكما فى قوله (ويجوز كراء

مالا يغتفر فى الابتداء ، وقوله فى الثانى : و فى صحة العقد الثانى (قوله لمـا آجره البائع من غيره) أى غير المشترى ، وقوله من المستأجر : أى مدة ثانية (قوله ما آجره) أى مدة ثانية (قوله شامل للطلق) أى الأرض المملوكة وعبارة المختار والطلق بالكسر الحلال اهـ والمراد هنا المملوكة .

[فرع] استأجر زيد سنة من عمرو ثم أجر نصفها لبكر : أى شائعا ، فهل لعمرو إيجار السنة الثانية لاتصالها بالنصف الثانى الذى يستحق منفعته أولا لأن زيدا غير مالك للمنفعة الحاضرة ؟ فيه نظر ، وبادر م ر إلى الثانى اهـ سم على حج . أقول : الأقرب الأوّل لمـا علل به من اتصال المنفعة (قوله عدم صحة العقد) أى مالم تدع إليه ضرورة كما يأتى وإلا جاز (قوله لأن المدتين المتصلتين الخ) يؤخذ منه امتناع مايقع كثيرا من الناظر يؤجره القدر الذى شرطه الواقف ثم قبل مضيه بأشهر أو أيام يطلب المستأجر عقدا آخر خوفا من تعدى غيره عليه فلا يصح للعلة المذكورة (قوله صحة الإقالة) وكالمؤجرة مالو اشترى عينا ثم باعها وتقايل المشترى مع البائع فإنه يصح على المعتمد ولا ينفسخ البيع اهـ سم على حج ملخصا (قوله ولا تنفسخ الإجارة) أى فيرجع المستأجر الأوّل على المـالك بقسط المسمى من وقت التقايل وللمالك عليه أجرة مثل مابقى من المدة ويستحق المستأجر الأوّل على الثانى ماسماه فى إجارته

(قوله سنة) الظاهر أنه تنازعه من قوله استأجرت وقوله المستأجر ، احترازا عما إذا استؤجرت سنة من المستأجر لها سنتين فلا يجوز للمالك أن يؤجرها إلا من الأول لتأخر مدته (قوله وهذا بعينه يقتضى المنع الخ) انظر ما الحاجة إليه (قوله فالظاهر كما قاله السبكى وغيره صحة الإقالة) قال الشهاب ابن قاسم ولا يخفى أنه إذا تقايل المستأجر المؤجر الأول رجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ولزمه أجرة المثل من حين التقايل لا المسمى لارتفاع العقد بالتقايل وقد أتلف عليه المنفعة بإيجارها فلزمه قيمتها وهى أجرة المثل ، وما سبق التقايل يستقر قسطه من المسمى اهـ

العقب فى الأصح) بضم العين جمع عقبة : أى نوبة لأن كلا منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه . وأما خبر البيهقى « من مشى عن راحلته عقبة فكأنما أعتق رقبة » وفسروهابستة أميال فلعلهوضعها لغة فلا يتقيد ماهنا بذلك ، وخرج بإجارة العين التى الكلام فيها إجارة الذمة فتصح اتفاقا لما مرّ أن التأجيل فيها جائز (وهو أن يؤجر دابة رجلا) مثلا (ليركبها بعض الطريق) ويمشى بعضها أو يركبه المالك تناوبا (أو) يؤجرها (رجلين) مثلا (ليركب ذا أياما) معلومة (وذا أياما) كذلك تناوبا ومن ذلك آجرتك نصفها لمحل كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع (ويبين البعضين) فى الصورتين كنصف أو ربع مالم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة كيوم ويوم أوفرسخ وفرسخ وإلا حمل عليها والمحسوب فى الزمن زمن السير دون زمن النزول لعلف أو استراحة كما قاله المتولى (ثم) بعد صحة الإجارة (يقتسمان) ذلك بالتراضى ، فلو تنازع فى البادئ أقرع بينهما ، وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة . نعم لو شرط الصحة فى الأولى تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل ، والقن كالدابة . وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة ، أو ما اتفقا عليه فى العقد وهو كذلك . حيث لايضر بالدابة أو بالماشى ، ويحمل على ذلك كلام الروضة وغيرها . ويؤخذ من نص الشافعى رضى الله عنه أنه لابد من رضا مالك الدابة

(قوله وأما خبر البيهقى من مشى) أى قاصدا راحتها (قوله وفسروها) أى العقبة (قوله بستة الخ) وقدرها بالسير المعتاد خمس وأربعون درجة لأن مسافة القصر سير يومين معتدلين أو يوم وليلة وقدر ذلك ثلثمائة وستون درجة ، وهى إذا قسمت على الفراسخ خرج لكل فرسخ اثنان وعشرون درجة ونصف والفرسخ ثلاثة أميال ، فالستة أميال يقدر مساحتها بفرسخين ومقدار سيرهما ما ذكر (قوله لتركبها نصف الطريق) أى ثم إن كان ثم مراحل معلومة حمل عليها وإلا اشترط بيان مايمشيه وما يركبه (قوله فلو تنازعا الخ) ولو استأجرها ولم يتعرضا للتعاقب فإن احتملتهما ركباها معا وإلا تهايآ ، فإن تنازعا فيمن يبدأ أقرع اه حج (قوله فى الأولى) أى بشقيها ، وهى ما لو أجر رجلا ليركب بعض الطريق الخ ، ولعل المراد بالتقدم فى الشق الأول تقدم ركوبه على مشيه لأنه ليس فيه ركوب من المالك (قوله يقدم ركوب المستأجر) ظاهره اعتبار ركوبه بالفعل ، والمتجه خلافه كما يدل عليه التعليل ، بل المتجه أنه إذا شرط فى العقد ركوب المستأجر أولا واقتسما بعد العقد وجعلا نوبة المستأجر أولا فسامح كل الآخر بنوبته جاز فليتأمل ، وقوله ويؤخذ منه الخ قد يقال يغنى عن هذا قوله السابق مالم يضر بالبهيمة اه سم على حج (قوله أو بالماشى) عبارة حج : وفى توجيه النص المنع عند طلب أحدهما للثالث مايوافق فإنه قال : إن ذلك إضرار بالماشى والمركوب ، لأنه إذا ركب وهو غير تعب خفّ على المركوب ، وإذا ركب بعد كلال وتعب وقع على المركوب كالميت اه (قوله ويؤخذ من نص الشافعى) عبارة حج : ويؤخذ من توجيه النص المنع عند طلب أحدهما الثلاث اه . وعليه فقوله أخذا علة توجيه النص (قوله أنه لابد من رضا مالك الدابة) يتأمل وجه

(قوله وخرج بإجارة العين) كان الأولى تأخيره عن تمام المسئلة (قوله نعم شرط الصحة فى الأولى تقدم ركوب المستأجر) قال الشهاب ابن قاسم : ظاهره اعتبار ركوبه بالفعل ، والمتجه خلافه كما يدل عليه التعليل ، بل المتجه أنه إذا شرط فى العقد ركوب المستأجر أوّلا واقتسما بعد العقد وجعلا نوبة المستأجر أولا فسامح كل الآخر بنوبته جاز فليتأمل اه (قوله ويؤخذ من نص الشافعى الخ) قال الشهاب ابن قاسم : قد يقال يغنى عن هذا قوله السابق مالم يضرّ بالبهيمة .

بذلك أخذا من قولهم لايجوز النوم على الدابة فى غير وقته لأن النائم يثقل ، وأنه لو مات المحمول لم يجبر مالك الدابة على حمله على ما يأتى .

(فصل)

فى بقية شروط المنفعة ، وما تقدّر به ؛ وفى شرط الدابة المكتّراة ومحمولها

(يشترط كون) المعقود عليه معلوما بالعين فى إجارة العين والصفة فى إجارة الذمة ، وكون (المنفعة معلومة) بالتقدير الآتى كالمبيع فى الكل ، لكن مشاهدة محل المنفعة غير مغنية عن تقديرها ، وإنما أغنت مشاهدة المعين فى البيع عن معرفة قدره لأنها تحيط به ، ولا كذلك المنفعة لأنها أمر اعتبارى يتعلق بالاستقبال ، فعلم اعتبار تحديد العقار حيث لم يشتهر بدونه ، وأنه لاتصح إجارة غائب وأحد عبديه ومدة مجهولة أو عمل كذلك وفيما له منفعة واحدة كبساط يحمل عليها وغيره يعتبر بيانها . نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث

ذلك وأى فرق بين ركوب أحدهما يوما أو يومين والآخر مثله على الاتصال وبين ركوب أحدهما ثلاثا والآخر كذلك ، مع أن الغرض انتفاء الضرر عن الدابة والماشى بذلك ، وقد يقال يؤخذ الجواب عن هذا مما مر عن حج فى قوله لأنه إن ركب وهو فى تعب خف على المركوب (قوله وأنه لومات المحمول) انظر لو مرض اهـ سم على حج . والظاهر أن المرض مثل الموت كما يؤخذ من توجيه حج للنص بأنه إذا ركب بعد كلال وتعب وقع على المركوب كالميت .

(فصل) فى بقية شروط المنفعة

(قوله فى بقية شروط المنفعة) أى زيادة على مامر فى قوله وكون المنفعة متقوّمة الخ (قوله لكن مشاهدة محل المنفعة) أى كالدابة مثلا (قوله فعلم اعتبار تحديد العقار) لعل فائدة اشتراط التحديد مع أن إجارة العقار لاتكون إلا عينية ، والإجارة العينية يشترط فيها لكل من العاقدين رؤية العين أنه قد يكون العقار أرضا متصلة بغيرها فيراها كل من العاقدين ، ولكن لايعرف المستأجر مقدار ما يستأجره من الأرض فيذكر المؤجر حدودها لتتميز عن غيرها ، ومجرد الرؤية لايفيد ذلك (قوله أوعمل كذلك) أى مجهول (قوله وفيما له منفعة واحدة) أى عرفا فلا ينافى أنه يمكن الانتفاع به بغير الفرش كجعله خيمة مثلا (قوله مع الجهل بقدر المكث) أى ومع ذلك يمنع من المكث زيادة على ماجرت به العادة من نوعه ومن الزيادة فى استعمال الماء على ماجرت به العادة أيضا وقال سم على حج : وانظر صورة المعاقدة الصحيحة على دخول الحمام مع تعدد الداخلين ، فإنه مثلا لو قال استأجرت منك هذا الحمام بكذا وقدّر مدة استحق منفعة جميعه فلا يمكن المعاقدة مع غيره أيضا ، أو لم يقدر مدة فبعد تسليم الصحة يستحق منفعة الجميع أيضا ولا تمكن المعاقده مع غيره ، ولعل من صورها أذنت لك فى دخول

(فصل) فى بقية شروط المنفعة

(قوله كالمبيع فى الكل) أى فى أنه إن ورد على معين اشترط معرفة عينه ؛ وتقديره على ما يأتى : وإن ورد على مافى الذمة اشترط وصفه وتقديره ، لكن مشاهدة الأول تغنى عن تقديره (قوله فعلم اعتبار تحديد العقار) أى فلا يكفى أن يقول آجرتك قطعة من هذه الأرض مثلا ، وظاهر أنه إذا آجره دارا مثلا كفت مشاهدتها كما يعلم مما قدمه (قوله حيث لم يشتهر بدونه) أى للعاقدين كما هو ظاهر (قوله إجارة غائب) أى فى إجارة العين ، فراده

وغيره ، لكن الأجرة فى مقابلة الآلات لا المـاء . فعليه مايغرف به المـاء غير مضمون على الداخل ، وثيابه غير مضمونة على الحمامى إن لم يستحفظه عليها ويجيبه إلى ذلك . ولا يجب بيان مايستأجره له فى الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ومن ثم حمل العقد على المعهود فى مثلها من سكانها ؛ ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد فى مثلها (ثم) إذا توفرت الشروط فى المنفعة (تارة تقدّر) المنفعة (بزمان) فقط . وضابطه كل مالا ينضبط بالعمل ، وحينئذ يشترط علمه كرضاع هذا شهرا . وتطيين أو تجصيص أو اكتحال أو مداواة هذا يوما ، و (كدار) وأرض وثوب وآنية ويقول فى دار تؤجر للسكنى لتسكنها ، فلو قال على أن تسكنها أو لتسكنها وحدك لم تصح كما فى البحر فى الأولى (سنة) بمائة أولها من فراغ العقد لوجوب اتصالها بالعقد ، فلو لم يعلم كأجرتكها كل شهر بدينار لم تصح ، ولو من إمام استأجره من ماله للأذان بخلافه من بيت المـال ، فلو قال هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه صح فى الأول فقط ، وأقل مدة تؤجر للسكنى يوم فأكثر ، قاله المـاوردى مرة وتبعه الرويانى ، ومرة أقلها ثلاثة أيام ، والأوجه كما أفاده الأذرعى جواز بعض يوم معلوم فقد يتعلق به غرض مسافر ونحوه ، والضابط كون المنفعة فى تلك المدة متقوّمة عند أهل العرف أى لذلك المحل ليحسن بذلك المـال فى مقابلتها وتارة تقدر (بعمل) أى بمحله كما فى المحرر أو بزمن (كدابة) معينة أو موصوفة للركوب أو لحمل شىء عليها

الحمام بدرهم فيقول أذنت فليتأمل (قوله لا المـاء) أى أما هو فمقبوض بالإباحة (قوله ويجيبه إلى ذلك) أى أو يأخذ منه الأجرة مع صيغة استحفاظ (قوله أو لتسكنها وحدك) أى فلو تقدم القبول من المستأجر وشرط على نفسه ذلك بأن قال استأجرتها بكذا لأسكنها وحدى صح كما ببعض الهوامش عن الصيمرى . أقول : وهو قياس مالو شرط الزوج على نفسه عدم الوطء ، لكن قضية قولهم الشروط الفاسدة مضرة سواء ابتدأ بها المؤخر أو القابل يقتضى خلافه ، ويوجه بأنه شرط يخالف مقتضى العقد ، وقد يموت المستأجر وينتقل الحق لوارثه خاصا كان أو عاما . ولا يلزم مساواة الوارث فى السكنى للميت (قوله لم تصح) أى لمـا فيه من الحجر على المستأجر فيما ملكه بالإجارة فيهما ، وقال حج فى تعليل الأولى : لأنه صريح فى الاشتراط بخلاف ماقبله (قوله كل شهر بدينار لم تصح) أى حتى فى الشهر الأوّل للجهل بمقدار المدة (قوله بخلافه من بيت المـال) أى فإنه يصح وإن لم يقدر

بالغائب غير المرئى كما هو ظاهر (قوله إن لم يستحفظه عليها) فإن استحفظه عليها صارت وديعة يضمنها بالتقصير كما يأتى فى محله ، أما إذا لم يستحفظه عليها فلا يضمنها أصلا وإن قصر ، وما فى حاشية الشيخ من تقييد الضمان بما إذا دفع إليه أجرة فى حفظها لم أعلم مأخذه (قوله ثم إذا توفرت الشروط فى المنفعة) قال العلامة ابن قاسم : قد يقال من الشروط كونها معلومة بالتقدير الآتى فانظر بعد ذلك حاصل المعنى اهـ . أقول : المراد بشرط المنفعة شرطها فى نفسها لكونها متقوّمة إلى آخر مامر فى شرح قول المصنف وكون المنفعة متقوّمة ، فالمراد بقيمتها الذى هو المنفعة شرط لها كونها معلومة فى نفسها غير مبهمة كما أشار إليه الجلال المحقق بقوله فما له منافع يجب بيان المراد منها اهـ . وأما تقدير الذى ذكره المصنف هنا فهو بيان لكيفية العقد عليها وليس شرطا لها فى نفسها ، ويوافق هذا قول الشارح كالعلامة ابن حجر فى ترجمة الفصل فى بقية شروط المنفعة وما تقدّر به ، فجعل ماتقدّر به قدرا زائدا على الشرط ، لكن يعكر على هذا قولهما بالتقدير الآتى عقب قول المصنف معلومة إذ ظاهره أن العلم إنما يحصل بالتقدير المذكور فليحرر (قوله أوّلها من فراغ العقد) يوهم أنه لابد أن يقول المؤجر ذلك فى العقد وليس مرادا ،

إلى مكة) أو لتركبها شهرا حيث بين الناحية المركوب إليها ، ومحل تسليمها للمؤجر أو نائبه (وكخياطة ذا الثوب) أو ثوب صفته كذا ، كاستأجرتك لخياطته أو ألزمت ذمتك خياطته لتميز هذه المنافع فى نفسها من غير تقدير بمدة ، وكاستأجرتك للخياطة شهرا ، ويشترط فى هذه بيان مايخيطه ، وفى الكل كما سيعلم من كلامه بيان كونه قميصا أو غيره وطوله وعرضه ونوع الخياطة أو هى رومية أو غيرها ، ومحله عند اختلاف العادة وإلا حمل المطلق عليها . وبما تقرر علم أنه لايتأتى التقدير بالزمن فى إجارة الذمة ، فلو قال ألزمت ذمتك عمل الخياطة شهرا لم يصح لأنه لم يعين عاملا ولا محلا للعمل ، وقيده ابن الرفعة بحثا لعدم اطلاعه على كلام القفال بما إذا لم يبين صفة العمل ولا محله وإلا بأن بين محله وصفته صح ، ولا فرق كما قاله القفال بين الإشارة إلى الثوب أو وصفه (فلو جمعهما) أى العمل والزمان (فاستأجره ليخيطه) أى الثوب يوما معينا أو ليحرث هذه الأرض أو يبنى هذه الحائط (بياض النهار) المعين (لم يصح فى الأصح) للغرر إذ قد يتقدم العمل أو يتأخر ، كما لو أسلم فى قفيز حنطة على أن وزنه كذا حيث لايصح لاحتمال زيادته أو نقصه ، وبه يعلم رد ما قاله السبكى من أنه لو كان الثوب صغيرا يقطع بفراغه فى اليوم فإنه يصح لاحتمال عروض عائق له عن إكماله فى ذلك النهار ، وإن أجاب عنه بعضهم بأنه خلاف الأصل والغالب فلا يلتفت إليه لأن ذلك غفلة منه بدليل أن علة البطلان الاحتمال ، فدعوى أن خلاف الأصل مردودة

المدة لأنه رزق لا أجرة (قوله للمؤجر أو نائبه) يفيد أنه لو استأجر دابة لمحل كذا ولم يعين المؤجر له من يستلمها منه إذا وصل ذلك المحل لم تصح الإجارة ، ولو قيل ينبغى أن تصح ثم إن كان للمؤجر وكيل ثم سلمها له وإلا فللقاضى إن وجد وإلا أودعها عند أمين لم يكن بعيدا بل هو الظاهر ، ثم رأيت فى حج بعد قوله هنا أو نائبه مانصه : ولا ينافى هذين جواز الإبدال والتسليم للقاضى أو نائبه لأن ذلك لايعرف إلا بعد بيان الناحية ومحل التسليم حتى يبدلا بمثلهما اهـ . وهو يفيد أنه لايشترط تعيين شخص يسلمها له بل يكفى أن يقول تركب إلى محل كذا وتسلمها فى محل كذا إلى أو لنائبى مثلا ثم بعد وصوله إن وجده أو نائبه الخاص سلمها له وإلا فللقاضى (قوله وكاستأجرتك للخياطة شهرا) مثال للتقدير بالزمن وهو من صور الإجارة العينية كما تقدم (قوله وبما تقرر) أى فى قوله وكاستأجرتك للخياطة شهرا مع قوله وفى الكل كما سيعلم الخ فإنه اقتصر فى تصوير التقدير بالزمن على الإجارة العينية . هذا ولم يظهر وجه امتناع التقدير بالزمن فى إجارة الذمة مما ذكر ، بل الذى يظهر منه صحته حيث بين صفة العمل ومحله الذى ذكره ابن الرفعة ، ثم قال فى مرة أخرى : إلا أن يقال هو وإن بين صفة العمل لكن العلة تختلف فى مقدار فعلها باعتبار خفة اليد فى العمل وبطئها ، ومجرد التقدير بالزمن لايحصل مقصود المستأجر (قوله لايتأتى التقدير بالزمن) أى وخرج بالزمن التقدير بالعمل فيقول ألزمت ذمتك خياطة كذا ثم يعين مايريد خياطته عما فى الذمة فيصح (قوله لأنه لم يعين عاملا) أى لأن العمل الملتزم فى الذمة المقصود منه حصول العمل من غير تعلقه بواحد بعينه (قوله لعدم اطلاعه على كلام القفال) أى القائل بذلك فوافق بحثه ما قاله القفال كما يصرح به

وفى التحفة زيادة واو قبل قوله لها وهى تحقق الإيهام (قوله أى بمحله) قال الشهاب ابن قاسم : أى كالمسافة إلى مكة (قوله أو بزمن) عطف على بعمل ، فقد جعل القسم الأول ما لايقدر إلا بالزمن والثانى مايقدر بأحد الأمرين العمل أو الزمن ، وسيأتى قسم ثالث وهو ما لايقدر إلا بالعمل ، كذا فى حواشى الشهاب ابن قاسم على التحفة (قوله ولا فرق كما قاله القفال الخ) عبارة التحفة : قال القفال : إنه لا فرق بين الإشارة إلى الثوب أو وصفه (قوله فدعوى أنه خلاف الأصل مردودة) لايناسب ماقبله الذى حاصله البطلان للاحتمال المذكور ، وإن كان

نعم الأوجه أنه إن قصد التقدير بالعمل خاصة وإنما ذكر الزمان للتعجيل فقط صح ، وحينئذ فالزمان غير منظور له عند المتعاقدين رأسا . والثانى يصح . واعلم أن أوقات الصلوات الخمس مستثناة من الإجارة ، نعم تبطل باستثنائها من إجارة أيام معينة كما فى قواعد الزركشى للجهل بمقدار الوقت المستثنى مع إخراجه عن مسمى اللفظ وإن وافق الاستثناء الشرعى وهو ظاهر ، وأفتى به الشيخ رحمه الله تعالى وإن نوزع فيه (ويقدر تعليم) نحو (القرآن بمدة) كشهر نظير مامر فى نحو الخياطة ، ولا نظر لاختلافه سهولة وصعوبة ، إذ ليس عليه قدر معين حتى يتعب نفسه فى تحصيله ، ومحل ذلك عند عدم إرادته جميع القرآن بل مايسمى قرآنا ، فإن أراد جميعه كان من الجمع بين التقدير بالعمل والزمن ، وكذا إن أطلقا لقول الشافعى إن القرآن بأل لايطلق إلا على الكل : أى غالبا ، وإلا فقد يطلق ويراد به الجنس الشامل للبعض أيضا ، وفى دخول الجمع فى المدة تردد كما لو استأجر ظهرا ليركبه فى طريق واعتيد نزول بعضها هل يلزم للمكترى ذلك ، والأوجه كما رجحه البلقينى عدم الدخول

قول حج بعد قوله بحثا وسبقه إليه القفال (قوله أنه إن قصد التقدير) أى ويعلم قصده بالقرينة (قوله بالعمل خاصة) أى بخلاف مالو قصد الاشتراك أو أطلق (قوله وإنما ذكر الزمان الخ) أى فلو أخره لم تنفسخ الإجارة ولاخيار للمستأجر (قوله عند المتعاقدين رأسا) أى بوجه من الوجوه (قوله الصلوات) أى وطهارتها وراتبتها وزمن الأكل وقضاء الحاجة (قوله من الإجارة) أى فيصليها بمحله أو بالمسجد إن استوى الزمنان فى حقه وإلا تعين محله ، واستئجاره عذر فى ترك الجمعة والجماعة (قوله ومن إجارة أيام معينة) لم يذكر مفهومه مع أن الإجارة متى قدرت بزمان كانت أيامها معينة ، ولعله احترز به عما لو قدّر بمحل عمل واستثنى أوقات الصلوات فإنه لايضر ، لأن التقدير بالعمل إنما يعتبر فيه نفس العمل كثر زمنه أو قل (قوله عن مسمى اللفظ) وسيأتى عن حج أنه يجب السعى للصلاة ولو جمعة لم يخش من الذهاب إليها على عمله ، وظاهره وإن زاد زمن الصلاة فى المسجد على زمن صلاته بموضع عمله : أى فلو ذهب إليها وصلاها ثم شك فى أنها مسبوقة أم لا صلى الظهر لعدم إجزاء الجمعة فى ظنه ، وكذا لو صلى الجمعة أو غيرها ثم بان عدم إجزاء صلاته لنجاسة ببدنه أو ثيابه مثلا أو بان بإمامه مايوجب الإعادة يجب إعادة ماصلاه لعدم إجزاء مافعله ، لكن ينبغى أن يسقط من الأجرة ما يقابل فعل الإعادة لأنه زائد على ماينصرف العقد إليه (قوله وأفتى به الشيخ) بقى مالو أجر نفسه بشرط الصلاة وصرف زمنها فى العمل المستأجر له هل تصح الإجارة ويلغو الشرط لاستثنائها شرعا أم تبطل؟ فيه نظر ، والأقرب الأول للعلة المذكورة (قوله فإن أراد جميعه) أى أو بعضا معينا منه وإن قطع بحفظه عادة (قوله كان من الجمع بين التقدير بالعمل والزمن) أى وهو باطل (قوله وكذا إن أطلقا) أى فيبطل أيضا (قوله وفى دخول الجمع) أى أيامها (قوله فى المدة) أى مدة التعليم ، وخرج به ما لو استأجر مدة الخياطة أو بناء أو غيرهما فإن أيام الجمع تدخل فيما قدّره من الزمن وتستثنى أوقات الصلوات على مامرّ ، وظاهره وإن اطردت عادتهم فى محل العقد بترك العمل فى أيام الجمع (قوله هل يلزم المكترى ذلك) أى والراجح اللزوم لأنه غير مأذون فيه (قوله عدم الدخول) قياسه بالأولى عدم دخول عيدى الفطر والأضحى ، بل لايبعد أن أيام التشريق كذلك م ر اهـ سم على حج . وينبغى أن مثل أيام التشريق مالو اعتادوا بطالة شىء قبل يوم العيد أو بعده بل أو غير ذلك كالأيام التى اعتيد فيها خروج المحمل مثلا

الأصل والغالب عدمه ، ففيه تسليم أن الأصل والغالب عدمه لكن لانظر إلى ذلك فكان الأصوب حذف قوله فدعوى الخ (قوله إذ ليس عليه قدر معين الخ) وسيأتى فى حمله لكلام الماوردى الآتى أنه يعتبر مايحصل به الإعجاز

كالأحد للنصارى أخذامن إفتاء الغزالى بعد دخول السبت فى استئجار اليهود شهرا لاطراد العرف به (أوتعيين سور) أو سورة أو آيات من سورة كذا ويذكر من أولها أوآخرها أو وسطها للتفاوت فى ذلك ، وشرط القاضى أن يكون فى التعليم كلفة كأن لايتعلم الفاتحة مثلا إلا فى نصف يوم ، فإن تعلمها فى مرتين لم يصح الاستئجار كما جزم به الرافعى بالنسبة للصداق ، والأوجه كون المدار على الكلفة عرفا كإقرائها ولو مرة خلاف مايوهمه قوله نصف يوم ، وما جزم به الماوردى من عدم صحة الاستئجار لدون ثلاث آيات ، لأن تعيين القرآن يقتضى الإعجاز ودونها لا إعجاز فيه محل النظر ، والتحقيق أن مادونها كذلك . ويمكن حمل كلامه على مالو استأجره لتعليم قرآن مقدّر بزمن فيعتبر حينئذ مايحصل به الإعجاز ، ولا يشترط تعيين قراءة نافع مثلا لأن الأمر قريب فى ذلك ، فإن عين شيئا تعين ، فلو أقرأه غيره اتجه عدم استحقاقه أجرة

(قوله كالأحد للنصارى) قال الزركشى : وهل يلحق بذلك بقية أعيادهم؟ فيه نظر لاسيما التى تدوم أياما ، والأقرب المنع اهـ . ولا ينافى استثناء سبت اليهود أنه إذا استعدى عليه يوم السبت أحضر لأنه لحق تعلق به والإجارة تنزل على العمل المعتاد اهـ سم على حج (قوله لاطراد العرف به) وحينئذ فيصح العقد فى حالة الإطلاق حملا له على البعض وصونا له عن البطلان مؤلف فتكون الجمع مستثناة ، وقياس ماتقدم فى أوقات الصلوات من البطلان للإجارة عند استثنائها أنه هنا كذلك (قوله والأوجه كون المدار على الكلفة) أى ولو حرفا واحدا كأن نقل عليه النطق به فعالجه ليعرفه له (قوله عرفا) أى ويستحق الأجرة ولو لم يقرئه بالأحكام لأنه يسمى قراءة عرفا ، وينبغى أن مثل ذلك فى الاستحقاق مالو استأجره لقراءة على قبر أو قراءة ليلة مثلا عنده (قوله وما جزم به الماوردى الخ)

[فرع] لو استأجره لحفظ كذا من القرآن هل يفسد العقد لأن الحفظ ليس بيده كما لو شرط الشفاء فى المداواة أو يصح لأنه المقصود من التعليم به ويفرق ؟ فيه نظر سم على حج . ولا يبعد الصحة بما علل به من أن المقصود من التعليم الحفظ ، وقوله ويفرق : أى بين المداواة والحفظ ، ولعله أن التعليم مستلزم للحفظ عادة مطردة غايته أنه يختلف شدة وضعفا باعتبار قوّة فهم المتعلم وضعفه ، ولا كذلك الشفاء فإنه لايلزم المداواة إذ كثيرا ماتوجد ولا يوجد الشفاء ، وعليه فلو علمه مدة تقتضى العادة معها بالحفظ للبليد فضلا عن غيره فينبغى استحقاق الأجرة لأن التعليم على الوجه المذكور هو المقصود كما مرّ (قوله لأن تعيين القرآن الخ) أى ومع ذلك لايخلو عن نظر لأن القرآن يطلق على الكثير والقليل والمدار على الكلفة الحاصلة بالتعليم ، ثم رأيت فى سم على حج بعد مثل ماذكر الشارح وأقول : فيه نظر أيضا لأن بعض القرآن قرآن وإن لم يتصف بالإعجاز استقلالا ولهذا يحرم على الجنب قراءة كلمة بل حرف مثلا (قوله أن مادونها كذلك) أى يصح الاستئجار له ، وليس المراد أن ما دون الثلاث معجز (قوله ولا يشترط تعيين الخ) أى فلو أطلقها صح وحمل على الغالب فى بلده إن كان وإلا أقرأه ماشاء ، فإن تنازعا فيما يعلمه أجيب المعلم لأنه حق توجه عليه فيؤديه من أىّ جهة أرادها قياسا على ما إذا كان فى البلد نقدان مستويان فيخرج فى الزكاة وفى أداء قيمة التلف ما شاء (قوله فلو أقرأه غيره الخ) هل المراد أنه لايستحق أجرة للكلمات التى فيها الخلاف مثلا بين نافع وغيره أو جميع ما علمه إياه ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الأول وإن كان المتبادر من كلامه الثانى .

(قوله فيعتبر حينئذ مايحصل به الإعجاز) انظر هل المراد اعتبار ذلك لوجوب الأجرة حتى إذا لم يحصل ذلك لايستحق أجرة أواعتباره لماذا ؟ ثم رأيت الشهاب ابن قاسم نظر فى هذا الحمل بأن بعض القرآن يسمى قرآنا وإن لم

خلافا لبعضهم ، ولا بد من تعيين المتعلم وإسلامه أو رجاء إسلامه ؛ ويفارق منع بيع نحو مصحف ممن يرجى إسلامه بأن ما يترتب على خلف الرجاء فيه من الامتهان أفحش مما يترتب على التعليم هنا ، ولا يشترط رؤيته ولا اختبار حفظه . نعم لو وجده خارجا عن عادة أمثاله تخير كما بحثه ابن الرفعة ويعتبر علمهما بالمعقود عليه وإلا وكلا من يعلمه ، ولا يكفى فتح المصحف وتعيينهما قدرا منه لاختلاف المشار إليه صعوبة وسهولة ، وفارق الاكتفاء بمشاهدة الكفيل فى البيع كما مرّ بأنه محض توثق للعقد لامعقود عليه فكان أمره أخفّ (وفى البناء) أى الاستئجار له على أرض أو نحو سقف (يبين الموضع) الذى يبنى فيه الجدار (والطول) له وهو الامتداد من إحدى الزاويتين إلى الأخرى (والعرض) وهو مابين وجهى الجدار (والسمك) بفتح أوّله وهو الارتفاع إن قدّر بالعمل (وما يبنى به)من حجر أو غيره وكيفية البناء أهو منضد أو مجوّف أو مسقم (إن قدر بالعمل) لاختلاف الأغراض به . نعم إن كان مايبنى به حاضرا فمشاهدته تغنى عن تبيينه ، وفارق ماذكر تقدير الحفر بالزمن حيث لايشترط فيه بيان شىء من ذلك بأن الفرض فى الخياطة والبناء يختلف باختلاف الحفر ، ولو استأجر محلا للبناء عليه وهو نحو سقف اشترط جميع ذلك أو أرض اشترط ماسوى

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عن الاستئجار لتعليم القراءة الشاذة هل يصح أم لا ؟ فأجبنا عنه بأنه إن كان مراده من تعلمها الاستشهاد بها على قواعد النحو أو الاحتراز عن القراءة بها صحت الإجارة . وإن كان مراده القراءة بها المحرمة لم تصح الإجارة (قوله خلافا لبعضهم) هو حج فإنه يقول يستحق أجرة المثل (قوله ولابد من تعيين المتعلم) أى لصحة الإجارة (قوله على خلف الرجاء فيه) أى البيع (قوله ولا يشترط رؤيته) أى المتعلم (قوله نعم لو وجده) أى المعلم (قوله ويعتبر علمهما بالمعقود عليه) ولا يبعد أن يعتبر بيان أن التعليم من أوّل القرآن أو من آخره أو من وسطه لأن الغرض مختلف جدا بذلك اهـ سم على حج . ثم رأيت قول الشارح السابق ويذكر من أوّلها إلى آخرها (قوله وإلا وكلا) لايقال : كيف يجهله المعلم ؟ لأنا نقول : يجوز أنه ألزم ذمته التعليم وهو ممكن بإحضار غيره له وبأنه يمكن أن يعلم من المصحف ولا يلزم منه معرفة السورة التى يريد العقد عليها .

[فرع] قال حج : لو كان ينسى ما يتعلمه لوقته فيه وجوه أصحها اعتبار العرف : أى إن اطرد ، وإلا فالذى يظهر وجوب البيان فى العقد ، فإن طرأ كونه ينسى بعده احتمل أن يقال يخير الأجير وأن يقال لايلزمه التحديد لما حفظ سواء فيما ذكر نسيه قبل كمال الآية أو بعدها ثم رأيت شيخنا الخ فراجعه (قوله وفارق ماذكر) أى ماذكر من أنه إذا استأجر من يبنى له اشترط أن يبين الموضع الخ (قوله وهو نحو سقف) أى كجدار ، وأفتى ابن الرفعة فى استئجار علوّ دكان موقوفة للبناء عليه بجوازه إن كان عليه حالة الوقف بناء وتعذرت إعادته : أى من جهة ناظر الوقف حالا ومآلا ولم يضرّ بالسفل . قال : وإن لم يكن عليه واعتيد انتفاع المستأجر بسطحه وكان

يتصف بالإعجاز استقلالا . ولهذا يحرم على الجنب قراءة كلمة بل حرف مثلا (قوله ولا بد من تعيين المتعلم) أى فلا يصح استأجرتك لتعلم أحد عبدىّ (قوله إن قدر بالعمل) تبع فى ذكره هنا العلامة ابن حجر ، لكن إنما ذكر هذا هنا للزيادة التى زادها عقب قول المصنف إن قدر بالعمل حيث قال أو بالزمن على ما يأتى فيه ، فكان على الشارح ذكره أيضا (قوله لاختلاف الأغراض به) إلى قوله بخلاف الحفر متعلق بالزمن الذى زاده فى التحفة فأسقطه الشارح وذكر هذا فلم يصح . ولعل إسقاطه من الكتبة ، وعبارة التحفة عقب المتن نصها : أو بالزمن كما صرح به العمرانى وغيره لاختلاف الغرض به واعتمده الأذرعى أخذا مما مر فى خياطة قدّرت بزمن أنه لابد

الارتفاع وما يبنى به وصفة البناء لأنها تحمل كل شيء . ويعين فى النساخة عدد الأوراق وأسطر الصفحة وقدر القطع والحواشى ، ويجوز التقدير فيها بالمدة . قال الأذرعى : ولا يبعد اشتراط المستأجر خط الأجير وهو كما قال ، ولم يتعرضوا لبيان دقة الخط وغلظه ، والأوجه اعتباره إن اختلف به غرض وإلا فلا . ويبين فى الرعى المدة وجنس الحيوان ونوعه ، ويجوز العقد على قطيع معين وعلى قطيع فى الذمة ، ولو لم يبين فيه العدد اكتفى بالعرف كما قاله ابن الصباغ وجرى عليه ابن المقرى ،ويبين فى الاستئجار لضرب اللبن إذا قدّر بالعمل العدد والقالب بفتح اللام طولا وعرضا وسمكا إن لم يكن معروفا وإلا فلا حاجة إلى التبيين ، فإن قدّر بالزمان لم يحتج إلى ذكر العدد كما صرّح به العمرانى وغيره ، فقول الشارح فإن قدر بالزمان لم يحتج إلى بيان ماذكر : أى جميعه فلا ينافيه وجوب بيان صفته (وإذا صلحت) بفتح اللام وضمها (الأرض لبناء وزراعة وغراس) أو لاثنين من ذلك (اشترط) فى صحة إجارتها (تعيين) نوع (المنفعة) المستأجر لها لاختلاف ضررها ، فلو أطلق لم تصح . أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفى الإطلاق فيها كأراضى الأحكار فإنه يغلب فيها البناء وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس (ويكفى تعيين الزراعة) بأن يقول للزراعة أو لتزرعها (عن ذكر مايزرع والأصح) فيزرع ماشاء

البناء عليه يمنع من ذلك وينقص بسببه أجرته لم يجز وإن زادت أجرة البناء على مانقص من أجرته لأن ذلك تغيير للوقف مع إمكان بقائه وإن لم يوجد ذلك جاز ، واعترض السبكى ماقاله من الجواز بأنه خلاف المنقول لقولهم لو انقلع البناء والغراس لم يؤجر الأرض ليبنى فيها غير ماكانت عليه بل ينتفع بها بزرع أو نحوه إلى أن تعاد لما كانت عليه وخلاف المدرك لأن البانى قد يستولى عليه ويدعى ملك السفل ويعجز الناظر عن بينة تدفعه حج . وهو شامل لما إذا منع من ذلك ولم ينقص بسببه الأجرة فليتأمل سم عليه (قوله وقدّر القطع) أى كونه فى نصف الفرخ أو كامله مثلا (قوله ويجوز التقدير فيها بالمدة) ولا بد فى صحة العقد حينئذ من كونها إجارة عين لما مرّ من أن التقدير بالزمن لايتأتى فى إجارة الذمة ثم حيث صح العقد لاتدخل أوقات الصلوات وقضاء الحاجة ونحو ذلك مما جرت العادة فيه بعدم الفسخ (قوله فقول الشارح) أى بالنسبة للبناء (قوله ويبين فى الرعى) أى فى الاستئجار له (قوله اكتفى بالعرف) أى حيث كان ثم عرف مطرد فى محل العقد وإلا فلا بد من بيان عدد (قوله فإن قدّر بالزمان الخ) أى ولا بد من ذكر غيره من بقية الأوصاف (قوله وإذا صلحت) أى بحسب العادة ، وإلا فغالب الأراضى يتأتى فيها كل من الثلاثة (قوله نوع المنفعة) أى فلو اختلفا فى ذلك فينبغى تصديق المالك (قوله ويكفى تعيين الزراعة الخ) .

[واقعة] أجر أرضا للزراعة فعطلها المستأجر فنبت فيها عشب فلمن يكون ؟ أجاب شيخنا بأنه للمالك لأن الأعيان لاتملك بعقد الإجارة وتملك المنافع اهـ دميرى رحمه الله تعالى : أى ومعلوم أن الأجرة التى وقع بها العقد تلزم المستأجر لما تقدم من أنها تجب بقبض العين . وقياس ما أجاب به أن مايطلع فى خلال الزرع من غير بذر المستأجر كالحشيش مثلا يكون لمالك الأرض (قوله فيزرع ماشاء) أى مما جرت به العادة ولو من أنواع مختلفة

أن يعين مايخيطه ، وفارق ماذكر تعيين الحفر بالزمن إلى آخر مافى الشارح (قوله كما صرّح به العمرانى) صوابه الفارقى كما هو كذلك فى شرح الروض الذى نقل الشارح عبارته مع المتن بالحرف (قوله فقول الشارح) يعنى فى مسئلة المتن ، وهذا يدل على أن ذكر الزمن أثبته الشارح فيما مر كالتحفة وأن إسقاطه من الكتبة لأن قوله فقول

إذ تفاوت أنواع الزرع قليل ومن ثم ينزل على أقلها ضررا وأجريا ذلك فى لتغرس أو لتبنى فلا يشترط بيان أفرادهما ليغرس أو يبنى ماشاء ، وما اعترض به من كثرة التفاوت فى أنواع هذين رد بمنع ذلك ، فإبهام كلام المصنف اختصاص ذلك بالزراعة ليس مرادا . والثانى لايكفى لأن ضرر الزرع مختلف . ومحل ماتقرر فيمن أجر عن نفسه ، فإن فعل عن غيره بولاية أو نيابة لم يكف الإطلاق لوجوب الاحتياط قاله الزركشى وغيره ، ولو لم تصلح إلا للزراعة وغصبها غاصب فى سنى جدب فالأقرب لزوم أجرة مثلها مدة استيلائه عليها لتمكنه من الانتفاع بها بنحو ربط دواب فيها ، ولا نظر إلى أنه لا أجرة لها ذلك الوقت ويلحق به فيما يظهر بيوت منى فى غير أيام الموسم لأنا لانعتبر فى تغريم الغاصب أن يكون للمغصوب أجرة بالفعل بل بالإمكان فحيث أمكن الانتفاع به وجبت أجرته (ولو قال) أجرتكها (لتنتفع بها بما شئت) صح ويفعل ماشاء لرضاه به ، لكن يشترط أن ينتفع به على الوجه المعتاد كما مر نظيره فى العارية وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وعدم الإضرار كما قاله ابن الصباغ ، فعليه كما أفتى به ابن الصلاح إراحة المأجور على الوجه المعتاد كما فى إراحة الدابة ، ولا أثر للفرق بينهما بأن إتعاب الدابة المضر بها حرام حتى على مالكها ، بخلاف الأرض لأن العادة محكمة وتعميم محمول عليها للحوق الضرر للمالك بمخالفتها ، والأوجه عدم إلحاق الآدمى بهما فلا تصح إجارتهما لينتفع به المؤجر ماشاء (وكذا) يصح (لو قال) له (إن شئت (فازرع)ها (وإن شئت فاغرس)ها (فى الأصح) ويتخير بينهما فيصنع ماشاء من زرع وغرس لرضاه بالأضر . والثانى لايصح للإبهام ، ولا بد كما قاله السبكى أخذا من تصوير المسألة بزيادة ماشئت بأن يقول إن

ثم رأيته فى الزيادى وفى كلامه الآتى (قوله فيغرس أو يبنى ماشاء) أى ولو بغرس البعض وبناء البعض (قوله فى سنى) بسكون الياء وأصله فى سنين حذفت النون للإضافة فمن قرأها بتشديد الياء لم يصب (قوله جدب) هو بفتح الجيم وسكون الدال المهملة وبالباء الموحدة القحط (قوله فالأقرب لزوم أجرة مثلها الخ) لعله للانتفاع الممكن اهـ سم حج . وعليه فلو لم يمكن الانتفاع بها إلا فى الزراعة لم يستحق أجرة لمدة الغصب (قوله ويفعل ماشاء) شامل لنحو القصب والأرز مع شدة ضرره بالنسبة لبقية أنواع الزرع ، والوجه أن يتقيد بالمعتاد فى مثل تلك الأرض وإن عم فقال لتزرع ماشئت م ر اهـ سم على حج : أى فطريقه إذا أراد زرع ذلك ولم تجر العادة بزرعه فى تلك الأرض أن ينص عليه (قوله على الوجه المعتاد) أى بالنسبة للأرض ولونادرا ، ولا نظر لخصوص المستأجر حتى لو كان مثله لايزرع إلا الحنطة مثلا واعتيد فى تلك الأرض أن تزرع من غير ما اعتاده نحو المستأجر كالسمسم والقصب مثلا جاز له فعله وإن لم يكن من عادته (قوله والأوجه عدم إلحاق الآدمى) أى حرا كان أو رقيقا ، ولو قيل بالصحة ويحمل على ماجرت به العادة فى استئجار مثله لكان له وجه (قوله لرضاه بالأضر) يتجه أن يجوز له زرع البعض وغرس البعض لأنه أخف قطعا من غرس الجميع الجائز له ، وغاية زرع البعض فقط أنه عدول عن غرس ذلك البعض الجائز إلى ماهو أخف منه ولا وجه لمنعه ، بل لو قال له إن شئت فاغرس وإن

الشارح إلى آخره إنما ينتظم معه (قوله أو يبنى ماشاء) أى من دار أو حمام أو من غيرهما ، وقد مر مايعلم منه أنه لابد من بيان الموضع والطول والعرض (قوله فالأقرب لزوم أجرة مثلها) قال الشهاب ابن قاسم : لعله الانتفاع الممكن (قوله ويلحق به فيما يظهر بيوت منى) أى من حيث الآلة ، وإلا فأرضها لاتملك وما يبنى فيها واجب الهدم ، ومن ثم قال العلامة ابن حجر عقب ما ذكر على أنه لو قيل فى آلات منى لا أجرة فيها مطلقا لم يبعد لأن مالكها متعد بوضعها فلم يناسب وجوب أجرة مثلها (قوله لينتفع بها المؤجر) كذا فى نسخ الشارح ، وحينئذ فتتعين قراءته

شئت فازرع ماشئت أو اغرس ماشئت ، فإن لم يزد ماذكر عاد الخلاف فى وجوب تعيين مايزرع ، ولو قال وأجرتكها لتزرع أوتغرس أو فازرع واغرس ولم يبين القدر أو لتزرع نصفا وتغرس نصفا ولم يخص كل نصف بنوع لم يصح العقد فى الثلاثة للإبهام ، وصرح بالأخيرة القفال (ويشترط فى إجارة دابة لركوب) عينا أو ذمة (معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام) له لينتفى الغرر وذلك بنحو ضخامة أو نحافة كما فى الحاوى الصغير خلافا للجلال البلقينى وغيره من اعتبار الوزن إذ وزنه يخل بحشمته ، وإنما اعتبروا فى نحو المحمل الوصف مع الوزن ، لأنه إذا عين لايتغير والراكب قد يتغير بسمن أو هزال فلم يعتبر جمعهما فيه (وقيل لايكفى الوصف) وتتعين المشاهدة لخبر « ليس الخبر كالمعاينة » ولما يأتى من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع (وكذا الحكم فيما) معه من زاملة ونحوها كما فى المحرر ، ولا ترد على المصنف وإن زعم بعضهم ورودها لأن كلامه الآتى فى الحمل يفيده ، وفيما (يركب عليه من محمل وغيره) كسرج أو إكاف (إن) فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو (كان) ذلك (له) أى للمكترى أى تحت يده ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، واحترز بقوله إن كان له عما لو كان الراكب مجردا ليس له مايركب عليه فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ويركبه المؤجر على ماشاء من نحو سرج يليق بالدابة ، فإن اطرد عرف لم يحتج إلى ذكره ويحمل على المعهود ، وبهذا يرد قول الأذرعى بطلب الجمع بين هذا وبين قولهم الآتى يتبع فى السرج العرف فى الأصح ، ولابد فى نحو المحمل من وطاء وهو مايجلس

شئت فابن احتمل جواز غرس البعض والبناء فى البعض لأنه رضى بكل من ضررى غرس الجميع وبنائه وضرر التبعيض إن لم يكن أقل من كل منهما ما زاد عليه ، ويحتمل المنع م ر لأنه لايلزم من رضاه بمحض ضرر كل رضاه بالملفق منهما ، إذ قد يرضى بمحض ضرر ظاهر الأرض كما فى البناء أو بمحض ضرر باطنها فى الغرس دون المتبعض منهما فليتأمل فلعل هذا أوجه اهـ سم على حج (قوله عاد الخلاف) والراجح منه الصحة (قوله أو تغرس) لعل الفرق بين هذه الصورة وصورة المتن أنه فى مسئلة المتن جعل مورد الإجارة الأرض غير مقيدة بقيد وخيره بعد تمام الصيغة ، بخلاف مسئلة الشارح فإنه جعل أحد الأمرين من الزرع والغراس موردا للإجارة فليتأمل اهـ شيخنا من لفظه . وعبارة حج : لتزرع وتغرس ، والبطلان عليها ظاهر لعدم بيان مقدار مايزرع وما يغرس اهـ . وقد يؤخذ ماذكره شيخنا من الفرق من قول سم على حج بعد نقله عن الروض وشرحه مانصه : ولا يصح لتزرع أو تغرس للإبهام لأنه جعل له أحدهما لابعينه حتى لو قال ذلك على معنى أنه يفعل أيهما شاء صح كما نقله عن التقريب اهـ . وقوله لأنه جعل له أحدهما لابعينه مع قوله حتى الخ يعلم منه الفرق بين البطلان فى لتزرع أو تغرس والصحة فى إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس (قوله أو لتزرع نصفا) أى أو تزرع نصفا وتبنى نصفا أو تغرس نصفا وتبنى نصفا اهـ (قوله بنوع) ومثله لتزرع أوتبنى أو تغرس أو تبنى (قوله للإبهام) أى أو فازرع وابن أو اغرس وابن (قوله فلم يعتبر جمعهما) أى الوصف مع الوزن (قوله ليس الخبر كالمعاينة) وفى رواية كالعيان (قوله يليق بالدابة) ظاهره وإن لم يلق بالراكب ، ويوجه بأن عدم تعيينه مايركب عليه رضا منه بما يصلح بالدابة وإن لم يلق به . وقد يقال لابد من لياقته بكل من الراكب والدابة فلو لاق بالدابة أنواع يركب على كل اعتبر منها

بفتح الجيم فيكون من باب الحذف والإيصال أى المؤجر له (قوله فإن اطرد عرف لم يحتج إلى ذكره) عبارة التحفة : مالو اطرد عرف بما يركب عليه أو لم يكن للراكب فلا يحتاج إلى معرفته ، ويحمل فى الأول على العرف

عليه وكذا غطاء له إن شرط فى العقد ويعرف أحدهما بأحد ذينك مالم يكن فيه عرف مطرد فيحمل عليه الإطلاق (ولو شرط) فى عقد الإجارة (حمل المعاليق) جمع معلوق بضم الميم وقيل معلاق : وهو مايعلق على البعير كسفرة وقدر وقصعة فارغة أو فيها ماء أو زاد وصحن وإبريق وإداوة ، قال الماوردى : ومضربة ومخدة (مطلقا) عن الرؤية مع الامتحان باليد وعن الوصف مع الوزن (فسد العقد فى الأصح) لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة ولا يشترط تقدير ما يأكله كل يوم . والثانى يصح ويحمل على الوسط المعتاد (وإن لم يشرطه) أى حمل المعاليق (لم يستحق) بالبناء للمفعول (حملها فى الأصح) ولا حمل بعضها لاختلاف الناس فيه ، وقيل يستحق لأن العادة تقتضيه وسواء أكانت خفيفة كإداوة اعتيد حملها كما اقتضاه إطلاقهم أولا لما مر (ويشترط فى إجارة العين) لدابة لركوب أو حمل (تعيين الدابة) أى عدم إبهامها فلا يكفى تعيين أحد هذين ولا يقدح فى ذكر هذا العلم به مما مر إذ ذلك لايمنع التصريح به (وفى اشتراط رؤيتها الخلاف فى بيع الغائب) والأظهر الاشتراط ، ويشترط قدرتها على ما استؤجرت لحمله ، بخلاف الذكورة والأنوثة خلافا للزركشى لأن المشاهدة كافية (و) يشترط (فى إجارة الذمة) للركوب (ذكر الجنس والنوع والذكورة أو الأنوثة) كبعير بختى ذكر لاختلاف الأغراض بذلك ، إذ الذكر فى الأخيرة أقوى والأنثى أسهل ، ويشترط أيضا ذكر كيفية سيرها ككونها بحرا أو قطوفا (ويشترط فيهما) أى فى كل من إجارة الذمة والعين للركوب (بيان قدر السير كل يوم) وكونه نهارا أو ليلا والنزول فى عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصا منه لخوف غالب على الظن لحوق ضرر منه جاز دون غيره ، كما لو استأجر دابة لبلد ويعود عليها فإنه لايحسب عليه مدة إقامتها لخوف (إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة) بالعادة (فينزل) قدر السير عند الإطلاق (عليها)

مايليق بالراكب اه شيخنا (قوله بأحد ذينك) أى الوصف أو الرؤية اه (قوله معلوق بضم الميم) أى مع اللام زيادى (قوله تقدير ما يأكله) أى فيأكل على العادة لمثله . وبقى مالو اتفق له عدم الأكل منه لضيافة أو تشويش مثلا فينبغى أن لايجبر على التصرف فيما كان يأكله فى تلك المدة لأن ذلك يتفق كثيرا . نعم لو ظهر منه قصد ذلك كأن اشترى من السوق ما أكله وقصد ادخار مامعه من الزاد ليبيعه إذا ارتفع سعره كلف نقص ماكان يأكله فى تلك المدة عادة ، فلو امتنع لزمه أجرة مثل حمله بقية الطريق ، وسيأتى فى كلام الشارح بعد قول المصنف والطعام المحمول ليؤكل الخ ما له تعلق بذلك (قوله بالبناء للمفعول) ويجوز بناؤه للفاعل بعود الضمير للمؤجر بل هو أنسب بقوله وإن لم يشرطه انتهى (قوله ككونها بحرا) أى واسعة الخطوة وهو بالتنوين ، فى المختار ويسمى الفرس الواسع الجرى بحرا ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم فى مندوب فرس أبى طلحة « إن وجدناه بحرا » انتهى بحروفه : أى إنا وجدناه بحرا ، فإن مخففة من الثقيلة انتهى . ظاهر إطلاقه أن ماذكر يوصف به الإبل والخيل وغيرهما ، وفى حاشية شيخنا الزيادى مانصه : وقضية سياقه اشتراط ذلك فى الإبل والخيل والبغال ، لكن الماوردى والرويانى وصاحب المهذب خصوه بالخيل ، ولا شك فى إلحاق البغل به ولا يوصف بذلك غيرهما اه رحمه الله (قوله جاز) أى ومع ذلك يلزمه أجرة مثل استعماله فى القدر الزائد ، ولا شىء له فى مقابلة مانقص من المسافة

ويركب المؤجر فى الثانية على مايليق بالدابة كما يأتى اه (قوله بالبناء للمفعول) الظاهر أنه ليس بمتعين (قوله فلا يكفى تعيين أحد هذين) الصواب حذف لفظ تعيين (قوله إذ الذكر فى الأخيرة الخ) عبارة التحفة : ووجهه

فإن لم ينضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، ومحله عند أمن الطريق وإلا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، كذا قاله جمع ، قال : ومقتضاه امتناع التقدير بالزمان أيضا ، وحينئذ يتعذر الاستئجار فى طريق مخوفة لا منازل بها مضبوطة انتهى . وقضية كلام الشامل كما أفاده الأذرعى صحة تقديره من بلد كذا إلى بلد كذا للضرورة (ويجب فى الإجارة للحمل) عينا أو ذمة (أن يعرف المحمول) لاختلاف تأثيره وضرره (فإن حضر رآه) إن ظهر (وامتحنه بيده إن) لم يظهر كأن كان فى ظلمة أو (كان فى ظرف) وأمكن تخمينا لوزنه (وإن غاب قدر بكيل) إن كان مكيلا (أو وزن) إن كان موزونا لأن ذلك طريق لمعرفته ، والوزن فى كل شىء أولى لأنه أحصر وأضبط (و) أن يعرف (جنسه) أى المحمول المكيل لاختلاف تأثيره فى الدابة وإن اتحد كيله كما فى الملح والذرة ، أما الموزون كآجرتكها لتحمل عليها مائة رطل ولو لم يقل مما شئت كما نقله الإمام عن قطع الأصحاب فلا يشترط ذكر جنسه لأنه رضا منه بأضر الأجناس . بخلاف عشرة أقفزة مما شئت فإنه لا يغنى عن ذكر الجنس لكثرة الاختلاف مع الاتحاد فى الكيل . وأين ثقل الملح من ثقل الذرة وقلته مع اتحاد الوزن ، ولا يصح لتحمل عليها ما شئت ، بخلاف لتزرعها ما شئت إذ الأرض تحمل كل شىء ومتى قدر بوزن للمحمول كمائة رطل حنطة أو كيل لم يدخل الظرف فتشترط رؤيته كحباله أو وصفهما مالم يطرد العرف ثم بغرائر متماثلة : أى

إن قدر بالزمن ، ويحط عنه أجرة مانقص إن قدر بمحل العمل (قوله به) أى بقدر السير كل يوم كفرسخ أو ميل (قوله كما أفاده الأذرعى) هو مقابل لما اقتضاه كلام الشيخين من البطلان مطلقا وحاصله أنه يكفى التقدير فى زمن الخوف بالإجارة إلى بلد كذا طال زمن السير له لكثرة الخوف أو قل (قوله صحة تقديره) معتمد (قوله إن كان موزونا) أى أو مكيلا حج (قوله لم يدخل الظرف) نقل سم على منهج عن الروض وغيره دخوله فيما لو قدر بالوزن ، ويمكن حمله على ما إذا قال مائة رطل ولم يزد على ذلك فيخالف ماهنا من قوله مائة رطل حنطة

[فرع] لو أجر دابة لركوب شخص فهزل عما كان هل له خيار أو رجوع على المؤجر بقسط مانقص أو حمل شىء آخر بقدر مانقص ؟ قال مر : ينبغى تخيير المؤجر كما خيروا من آجر دابة لحمل حب فتندى وثقل انتهى سم على منهج . وقوله تخيير المؤجر لعله المستأجر وفى عكسه يخير ، ثم رأيت فى نسخة قال مر : ينبغى أنه ليس له شىء من ذلك ، فلو أجرها لهزيل فسمن وثقل قال م ر : ينبغى تخيير المؤجر الخ ، وعليه فانظر الفرق

فى الأخيرة أن الذكر أقوى الخ (قوله وإلا امتنع التقدير بالسير به) عبارة التحفة : وإلا لم يجز تقدير السير فيه انتهت . وانظر ما مرجع الضمير فى العبارتين وعبارة القوت . وقال القاضى أبو الطيب : إن كان الطريق مخوفا لم يجز تقدير السير فيه انتهت . فرجع الضمير فيها الطريق (قوله وقلته) عطف على كثرة من قوله لكثرة الاختلاف وما بينهما معترض (قوله فتشترط رؤيته كحباله الخ) استشكله الشهاب ابن قاسم بما سيأتى من أن ظرف المحمول فى إجارة الذمة على المؤجر فلا معنى لاشتراط رؤيته له أو وصفه ، وأجاب عنه باحتمال فرض هذا فى إجارة العين ، أو أن المستأجر اشترط هذا من عنده ، قال : وكذا يقال فيما سيأتى من إدخال الظرف فى الحساب ، إذ سيأتى أنه على المؤجر فى إجارة الذمة ، وأجاب عن هذا أيضا بأنه قد يقال إنه حيث أدخله فى الحساب دل على إرادته أنه من عنده ، قال وهذا أقرب .

قريبة التماثل عرفا كما هو ظاهر . ويأتى نظير ذلك فيما لو أدخل الظرف فى الحساب ، فنى مائة بظرفها يعتبر ذكر جنس الظرف أو يقول مائة مما شئت . وفى مائة قدح بن بظرفها يعتبر أن يكون مما لايختلف عرفا كما ذكر ، أما لو قال مائة رطل فالظرف منها (لاجنس الدابة و) لا (صفتها) فلا يشترط معرفتهما فى الإجارة للحمل (إن كانت إجارة ذمة) لأن المقصود مجرد نقل المتاع الملتزم فى الذمة وذلك لايختلف باختلاف الدواب (إلا أن يكون) فى الطريق نحو وحل كما قاله القاضى الحسين أو يكون (المحمول) الذى شرط فى العقد (زجاجا) بتثليث أوله (ونحوه) مما يسرع انكساره كالخزف فيشترط معرفة جنس الدابة وصفتها كما فى الإجارة للركوب مطلقا لاختلاف الغرض باختلافها فى ذلك . وإنما لم يشترطوا فى المحمول التعرض لسير الدابة مع اختلاف الغرض به سرعة وإبطاء عن القافلة لأن المنازل تجمعهم والعادة تبين والضعف فى الدابة عيب ، وبحث الزركشى وجوب تعيينها فى التقدير بالزمن لاختلاف السير باختلاف الدواب .

(فصل)

فى منافع يمتنع الاستئجار لها ، ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها

(لاتصح إجارة مسلم لجهاد) ولو صبيا وعبدا وإن قصد إقامة هذا الشعار وصرف عائدته للإسلام فيما يظهر لتعينه عليه بحضور الصف مع وقوعه عن نفسه ، وبه فارق حل أخذه الأجرة على نحو تعليم تعين عليه ، وأفتى البلقينى بإلحاق المرابطة عوضا عن الجندى بالجهاد فى عدم صحة الاستئجار لها ، أما الذمى فتصح

بين الصورة الأولى والصورة الثانية (قوله لو أدخل الظرف) أى الظرف وحباله (قوله الملتزم فى الذمة) منه يؤخذ أنه لو استأجره لنقل أحمال فى البحر من السويس إلى جدة مثلا لايشترط تعيين السفينة التى يحمل فيها للعلة المذكورة ، لكن ينبغى أنه يحمله فى سفينة تليق عرفا بحمل مثل ذلك انتهى (قوله عيب) أى فيتخير بين الفسخ والإجازة .

(فصل) فى منافع يمتنع الاستئجار لها ومنافع يخفى الجواز فيها

(قوله إجارة مسلم) شامل للعين والذمة ، وقوله مسلم ينبغى أو مرتد والمسلم شامل للإمام ، فلو استأجره الآحاد للجهاد لم يصح ، وظاهره ولو إجارة ذمة ، وإن أمكن إبدال نفسه باستئجار ذمى لأنه فرعه سم على حج (قوله للإسلام) أى فائدته (قوله لتعينه عليه) أى حقيقة بأن كان بالغا عاقلا أو حكما بأن كان صبيا ، فإنا لو قلنا بالصحة كان على وليه منعه من الخروج عن الصف (قوله عن الجندى) ومثله غيره بالأولى وإنما قيد به لكونه

(فصل) فى منافع لايجوز الاستئجار لها

(قوله وصرف عائدته للإسلام) أى خلافا لمن قال بالصحة حينئذ (قوله وبه فارق حل أخذه الأجرة على نحو تعليم تعين عليه) قال الشهاب ابن قاسم : يتأمل الفرق فإنه إن أريد بوقوعه عن نفسه خروجه عن العهدة بكونه أدى مالزمه فالتعليم المذكور كذلك ، وإن أريد أن فائدة الجهاد تقع له وتعود إليه فقد يمنع بأنها إنما تعود على الإسلام أو المسلمين وإن كان هو أحدهما ، كما أن فائدة التعليم لاتعود على المعلم بل للمتعلم ، قال : إلا أن يقال يكفى عود الفائدة إليه وإن لم تخصه فليتأمل اهـ . أقول : والفرق حاصل أيضا بقوله لتعينه عليه بحضور الصف إذ معنى تعيينه عليه الذى امتاز به عن المعلم أنه إذا حضر الصف كان التعين عليه عينيا لذاته بحيث لايسقط عنه بفعل الغير وإن كان فيه الكفاية ، بخلاف مسئلة التعليم فتدبر (قوله أما الذمى فتصح الخ) أى ويغتفر الجهل بالعمل

لكن للإمام فقط استئجاره للجهاد كما يأتى فى بابه (ولا) لفعل (عبادة يجب لها) أى فيها (نية) لها أو لمتعلقها بحيث يتوقف أصل حصولها عليها ، فراده بالوجوب مالا بد منه لأن القصد امتحان المكلف بها بكسر نفسه بالامتثال وغيره لا يقوم مقامه فيه ولا يستحق الأجير شيئا وإن عمل طامعا كما يدل عليه قولهم كل مالا يصح الاستئجار له لا أجرة لفاعله وإن عمل طامعا وألحقوا بتلك الإمامة ولو لنفل لأنه مصل لنفسه . فمن أراد اقتدى به وإن لم ينو الإمامة وتوقف فضل الجماعة على نيتها فائدة تختص به . وما جرت به العادة من جعل جامكية على ذلك فليس من باب الإجارة وإنما هو من باب الإرزاق والإحسان والمسامحة بخلاف الإجارة فإنها من باب المعاوضة . أما مالا تجب له نية كالأذان فيصح الاستئجار عليه . والأجرة مقابلة لجميعه لا على رعاية الوقت أو رفع الصوت أو الحيعلتين ، وشمل كلامه زيارة قبره صلى الله عليه وسلم فلا يصح الاستئجار عليها كما قاله الماوردى وغيره ، فزيارة قبر غيره

المسئول عليه فى الاستفتاء (قوله لكن للإمام فقط) ظاهره امتناع ذلك من القاضى . ونحوه أيضا سم على حج قال شيخنا : وهو ظاهر لأن القاضى لا يجوز له إلا فعل مافوّضه له الإمام انتهى (قوله أو لمتعلقها) أى كالإمامة فإن متعلقها الصلاة ، ثم رأيت سم على منهج صرح بما ذكره (قوله كما يدل عليه قولهم كل ما لا يصح) كان المراد لا يقبل الصحة وإلا فالإجارة الفاسدة يجب فيها الأجرة اه سم على حج : أى مع أنها بصفة الفساد لا يصح الاستئجار عليها ومع ذلك يجب فيها الأجرة اه (قوله الاستئجار له) ومن ذلك ما لو استأجر الحائض لخدمة المسجد فلا أجرة لها وإن عملت طامعة لعدم صحة الاستئجار . وبه يعلم مافى كلام سم السابق عند قول المصنف ولا حائض لخدمة مسجد اه (قوله وإن عمل طامعا) ومن ذلك مايقع لكثير من أرباب البيوت كالأمراء أنهم يجعلون لمن يصلى بهم قدرا معلوما فى كل شهر من غير عقد إجارة فلا يستحقون معلوما لأن هذه إجارة فاسدة ، وما كان فاسدا لكونه ليس محلا للصحة أصلا لا شيء فيه للأجير ، وإن عمل طامعا فطريق من يصلى أن يطلب من صاحب البيت أو غيره أن ينذر له شيئا معينا مادام يصلى فيستحقه عليه اه (قوله بتلك) أى بتلك العبادة التى يتوقف أصل حصولها على النية (قوله بتلك الإمامة) وكالإمامة الخطابة مر انتهى بهامش العباب (قوله وإنما هو من باب الإرزاق) ومنه ماجرت به العادة من استنابة صاحب الوظيفة لمن يقوم مقامه فيها فإنه يستحق ماجعله له ويكون ما يأخذه من جهة الواقف وليس أجرة حقيقة . وليس له أن يستنيب غيره إلا بإذن من منيبه وللأصيل باقى المعلوم المشروط (قوله كالأذان) ومثله الخطبة (قوله فيصح الاستئجار عليه) أى ولا بد مع ذلك من تقدير المدة ولو من الإمام حيث كان من ماله كما تقدم فى الفصل السابق ، وينبغى أن يدخل فى مسمى الأذان إذا استؤجر له ماجرت به العادة من الصلاة والسلام بعد الأذان فى غير المغرب لأنهما وإن لم يكونا من مسماه شرعا صارا منه بحسب العرف (قوله لا على رعاية الوقت) عبارة حج : مع نحو رعاية الوقت اه . وهى مخالفة لكلام الشارح ، إلا أن يكون مراده لا على رعاية الوقت وحدها (قوله فلا يصح الاستئجار عليها) معتمد . ولعل وجه الشمول أن تسميتها زيارة

المستأجر له للضرورة كما سيأتى فى كلامه فى فصل يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها غالبا (قوله أى فيها) إنما فسر به ليشمل ما إذا كانت النية لها أو لمتعلقها الذى صرح به بعد (قوله أو لمتعلقها) أى كالإمامة (قوله مالا بدّ منه) أى فى الحصول وإن لم يأثم بتركه (قوله كالأذان) قال الشيخ فى الحاشية : وينبغى أن يدخل فى مسمى الأذان إذا استؤجر له ماجرت به العادة من الصلاة والسلام بعد الأذان فى غير المغرب ، لأنهما وإن لم يكونا من مسماه شرعا صارا منه بحسب العرف اه (قوله وشمل كلامه زيارة قبر الخ) صريح فى وجوب النية فيه ، ولا بعد فيه لتمتاز

أولى بخلاف الجعالة عليه أى على الدعاء عند زيارة قبره المعظم لدخول النيابة فيه وإن جهل ، لا على مجرد الوقوف عنده ومشاهدته لأنه لاتدخله النيابة ، وبخلاف السلام عليه صلى الله عليه وسلم فتدخله الإجارة والجعالة ، واختار الأصبحى جواز الاستئجار للزيارة ، ونقل عن ابن سراقة (إلا حج) وعمرة فيجوز الاستئجار لهما ولأحدهما عن معضوب أو ميت كما مر ، وتقع صلاة ركعتى الطواف تبعا لهما لوقوعهما عن المستأجر (وتفرقة زكاة) وكفارة وأضحية وهدى وذبح وصوم عن ميت وسائر مايقبل النيابة وإن توقف على النية لما فيها من شائبة المال (وتصح) الإجارة لكل مالا تجب له نية كما أفهمه كلامه ، ولهذا فصله عما قبله المستثنى من المنطوق فتصح لتحصيل مباح كصيد (ولتجهيز ميت ودفنه) هو من عطف الخاص على العام اهتماما به وإن تعين عليه لوجوب مؤن ذلك فى ماله بالأصالة ثم فى مال ممونه ثم المياسير ، فلم يقصد الأجير لنفسه حتى يقع عنه ولا يضر عروض تعينه عليه كالمضطر فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل (وتعليم القرآن) كله أو بعضه وإن تعين عليه تعليمه لخبر « إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله » وصرح به مع علمه مما مر نظرا أو تقديرا لاستثنائه من العبادة واهتماما به لشهرة الخلاف فيه وكثرة الأحاديث الدالة بظاهرها على امتناعه ، ولو استأجره على تعليم مانسخ حكمه فقط أو تلاوته كذلك صح فيما يظهر ، ولو قال سيد رقيق صغير لمعلمه لاتمكنه من الخروج لقضاء حاجة إلا مع وكيل

وترتب الثواب عليها يتوقف على قصد فكأنه نية ، وإلا فكلام المصنف لايشمله بل يقتضى صحة الإجارة عليها كالأذان ، ويؤيد ماقلناه توجيها للشمول قول حج ودخل فى تجب زيارة قبره صلى الله عليه وسلم (قوله بخلاف الجعالة عليه) ومثلها الإجارة حج . وقضية قول الشارح وإن جهل عدم اشتراط تعيين مايدعو به (قوله واختار الأصبحى الخ) ضعيف (قوله إلا حج) بالجر بدل من عبادة (قوله ولهذا فصله) أى بقوله ويصح (قوله فيصح لتحصيل مباح كصيد) ظاهره سواء قدر بالزمان كاستئجاره يوما للصيد أو بمحل العمل كصيد هذا الغزال مثلا (قوله ولتجهيز ميت ودفنه) قال البغوى : لايجوز استئجار الأرض لدفن ميت لأن نبش القبر لايجوز قبل بلاء الميت ولا يعرف متى يكون اهـ حواشى الروض لوالد الشارح . أقول : وقياس ماتقدم فى العارية من صحتها له وتتأبد للحاجة الصحة هنا ويغتفر الجهل بالمدة للضرورة (قوله ثم المياسير) لم يذكر بيت المال مع أنه مقدم على مياسير المسلمين (قوله كالمضطر فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل) لايقال : قد يشكل عليه تعليل عدم صحة إجارة المسلم للجهاد بتعيينه عليه بحضور الصف بأنه عارض كما هنا . لأنا نقول : تجهيز الميت لايتعين بالشروع بدليل أنه لو أراد أحد أن يقوم مقام من يجهز الميت لم يمتنع على مباشرة تجهيزه الترك ، بخلاف من حضر الصف فإنه لايجوز انصرافه وإن لم يحتج إليه بوجه وقام غيره مقامه (قوله عليه أجرا) أى أجرة (قوله صح فيما يظهر) وكان المراد الاستئجار على ماذكر على وجه القرآنية ، وأفهم عدم صحة الاستئجار على منسوخ الأمرين : أى على وجه القرآنية لا مطلقا إذ لاينقص عن نحو الشعر م ر اهـ سم على حج رحمه الله ، وكذلك يصح الاستئجار لتعليم منسوخ التلاوة والحكم معا إذا عين الآية ، ومفهوم ماهنا محمول على عدم التعيين منه (قوله ولو قال سيد رقيق)

عن الحضور عند قبره صلى الله عليه وسلم لا بذلك القصد . وعبارة التحفة : ودخل فى تجب زيارة قبره صلى الله عليه وسلم للوقوف عنده ومشاهدته ، فلا يصح الاستئجار لها كما قاله الماوردى وغيره ، فزيارة قبر غيره أولى ، بخلاف الدعاء عند زيارة قبره المكرم لأنه مما تدخله النيابة ، وبخلاف السلام عليه صلى الله عليه وسلم فتدخلها الإجارة والجعالة (قوله لما فيها من شائبة المال) تعليل للمتن كما هو عادته ، ومثله ما فى معناه وإلا فالصوم عن الميت ليس فيه ذلك (قوله فى مال ممونه) لعل صوابه مال مائنه

فوكل به صغيرا فهرب منه ضمنه لتفريطه ، ولا تصح لقضاء ولا تدريس علم إلا إن عين المتعلم وما يعلمه ومثل ذلك الإعادة فيما يظهر ، وينبغى مجىء مثله فى الاستئجار للقضاء ، وكالتدريس الإقراء لشىء من القرآن أو الأحاديث ، ويجوز الاستئجار للمباحات كما جزم به الإمام ، واقتضاه بناء غيره له على جواز التوكيل فيها ، وتصح لقراءة القرآن عند القبر أو مع الدعاء بمثل ما حصل من الأجر له أو لغيره عقبها عين مكانا أو زمانا أولا للميت أو المستأجر أو بحضرة المستأجر ، ومع ذكره فى القلب حالتها كما أفاده السبكى لأن موضعها موضع بركة وتنزل رحمة والدعاء بعدها أقرب إجابة ، وإحضار المستأجر فى القلب سبب لشمول الرحمة له إذا تنزلت على قلب القارئ ، وألحق بها الاستئجار لمحض الذكر والدعاء عقبه ،وسيأتى فى الوصايا مايعلم منه أن وجود استحضاره بقلبه أو كونه بحضرته كاف وإن لم يجتمعا ، وما جرت به العادة بعدها من قوله اجعل ثواب ذلك أو مثله مقدّما إلى حضرته صلى الله عليه وسلم أو زيادة فى شرفه جائز ، كما قاله جماعات من المتأخرين وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وقال : إنه حسن مندوب إليه ؛ خلافا لمن وهم فيه لأنه صلى الله عليه وسلم أذن لنا بأمره بنحو سؤال الوسيلة له

خرج به مالو قال ولىّ صغير حرّ لمعلمه مثلا فلا ضمان عليه إذا تركه فضاع أو سرق منه متاع لأن الحر لايدخل تحت اليد ، ومتاعه الذى أخذ منه فى يد مالكه لا فى يد المعلم (قوله فوكل به صغيرا) لعل المراد بالصغير هنا من لايقدر عادة على حفظ مثل ذلك الرقيق بخلافه المراهق بالنسبة لرقيق سنه نحو خمس سنين ، ومحله أيضا مالم يقل سيده توكل به ولدا من عندك وخرج مالو لم يقل له ذلك فلا يجب عليه توكيل من يخرج معه للحفظ وإن جرت به العادة (قوله وكالتدريس الإقراء لشىء من القرآن) أى غير معين (قوله ويجوز الاستئجار للمباحات الخ) هذا علم من قوله السابق فتصح لتحصيل مباح كصيد (قوله عين مكانا) أى المستأجر (قوله ومع ذكره فى القلب) ينبغى الاكتفاء بذكره فى القلب فى ابتداء القراءة وإن عزبت النية بعد حيث لم يوجد صارف كما فى نية الوضوء مثلا حيث اكتفى بها عند غسل جزء من الوجه وإن لم يوجد استحضارها فى بقيته (قوله وما جرت به العادة بعدها من قوله اجعل ثواب ذلك الخ) .

[فائدة جليلة] وقع السؤال عما يقع من الداعين عقب الختمات من قولهم اجعل اللهم ثواب ماقرئ زيادة فى شرفه صلى الله عليه وسلم ، ثم يقول واجعل مثل ثواب ذلك وأضعاف أمثاله إلى روح فلان أو فى صحيفته أو نحو ذلك ، هل يجوز ذلك أم يمتنع لما فيه من إشعار تعظيم المدعو إليه بذلك حيث اعتنى به فدعا له بأضعاف مثل ما دعا به للرسول صلى الله عليه وسلم ؟ أقول : الظاهر أن مثل ذلك لايمتنع لأن الداعى لم يقصد بذلك تعظيما لغيره عليه الصلاة والسلام ، بل كلامه محمول على إظهار احتياج غيره للرحمة منه سبحانه وتعالى ، فاعتناؤه به للاحتياج

(قوله أو مع الدعاء بمثل الخ) معطوف على عند القبر ، وكذا قوله بعد أو بحضرة المستأجر : أى أو عند غير القبر مع الدعاء ، وقوله له متعلق بحصل ، وقوله أو بغيره عطف على بمثل : أى كالمغفرة وقوله للميت متعلق بالدعاء (قوله وسيأتى فى الوصايا ما يعلم منه أن وجود استحضاره بقلبه الخ) أى خلاف ما أفاده قوله قبل أو بحضرة المستأجر ومع ذكره فى القلب من اعتبار اجتماعهما. فالحاصل صحة الإجارة فى أربع صور : القراءة عند القبر ، والقراءة لاعنده لكن مع الدعاء عقبها ، والقراءة بحضرة المستأجر ، والقراءة مع ذكره فى القلب. وخرج بذلك القراءة لامع أحد هذه الأربعة ، وسيأتى قبيل الفصل ما يفيد عدم صحة الإجارة له ، وأما ما فى حاشية الشيخ من اعتماد الصحة فى الآتى فلم أدر مأخذه (قوله جائز كما قاله جماعات) قال الشهاب ابن قاسم : ويؤخذ منه جواز جعل ذلك أو مثله فى صحيفة فلان

فى كل دعاء بما فيه زيادة تعظيمه ، وحذف مثل فى الأولى كثير شائع فى اللغة والاستعمال نظير مامرّ فى بما باع به فلان فرسه ، وليس فى الدعاء بالزيادة فى الشرف إيهام نقص كما أوضحت ذلك فى إفتاء طويل ، وفى حديث أبىّ المشهور « أجعل لك من صلاتى » أى دعائى أصل عظيم فى الدعاء عقب القراءة وغيرها ، ومن الزيادة فى شرفه أن يتقبل الله عمل الداعى بذلك ويثيبه عليه ، وكلّ من أثيب من الأمة كان له صلى الله عليه وسلم مثل ثوابه متضاعفا بعدد الوسائط التى بينه وبين كل عامل مع اعتبار زيادة مضاعفة كل مرتبة عما بعدها ، فى الأولى ثواب إبلاغ الصحابى وعمله وفى الثانية هذا وإبلاغ التابعى وعمله ، وفى الثالثة ذلك كله وإبلاغ تابع التابعى وهكذا وذلك شرف لا نهاية له . واعلم أنه لو استأجره لقراءة القرآن فقرأ جنبا ولو ناسيا لم يستحق شيئا إذ القصد بالاستئجار لها حصول ثوابها لأنه أقرب إلى نزول الرحمة وقبول الدعاء عقبها ، والجنب لا ثواب له على قراءته بل على قصده فى صورة النسيان ، كمن صلى بنجاسة ناسيا لايثاب على أفعال الصلاة المتوقفة على الطهارة ، بل على مالا يتوقف عليها كالقراءة والذكر والخشوع وقصده فعل العبادة مع عذره ، فيحمل إطلاق إثابة الجنب الناسى على إثابته على القصد فقط . وإثابته لاتحصل غرض المستأجر المذكور . ويؤيد عدم الاعتداد بقراءته نفى سنية سجود التلاوة لها كما مرّ ، وقولهم لو نذرها فقرأ جنبا لم يجزئه إذ القصد من النذر التقرّب لا المعصية : أى ولو فى الصورة لتدخل قراءة الناسى فلا يتقرّب بها ، وبه فارق البرّ بقراءة الجنب سواء أنص فى حلفه على القراءة وحدها أم مع الجنابة ، ويلغو النذر إن نص عليها فيه مع الجنابة ، والأوجه أنه لو استأجره لتعليم القرآن استحق وإن كان جنبا لأن الثواب هنا غير مقصود بالذات وإنما المقصود التعليم وهو حاصل مع الجنابة ، ولو ترك من القراءة المستأجر عليها آيات فالأوجه لزوم قراءة ماتركه ولا يلزمه استئناف مابعده ، وأنه لو استأجره لقراءة على قبر لايلزمه عند الشروع أن ينوى أن ذلك عما استؤجر عنه بل الشرط عدل الصارف ، ولا ينافيه تصريحهم فى النذر باشتراط نيته أنها عنه لأن هنا قرينة صارفة لوقوعها عما استؤجر له بخلاف ماذكر ثم ، ويؤخذ منه أنه لو استؤجر

المذكور وللإشارة إلى أنه صلى الله عليه وسلم لقرب مكانته من الله عزّ وجلّ الإجابة بالنسبة له محققة فغيره لبعد رتبته عما أعطيه عليه الصلاة والسلام لاتتحقق الإجابة له بل قد لاتكون مظنونة فناسب تأكيد الدعاء له وتكريره رجاء الإجابة (قوله سجود التلاوة لها) أى لقراءة الجنب (قوله لو نذرها) أى القراءة (قوله ويلغو) مستأنف (قوله إن نص عليها) أى القراءة (قوله وإن كان جنبا) وصورة المسئلة أن يلزم ذمته التعليم أو يستأجر عينه ، ولا ينص على أن يقرئه جنبا فيتفق له الجنابة ويعلم معها ، بخلاف مالو استأجر عينه وهو جنب ليعلمه فلا يصح ، لأن ماذكر ثم عقد على معصية وهو فاسد . لايقال : المؤجر يتمكن من التعليم بقصد الذكر . لأنا نقول : قصده للذكر إنما يمنع من كون المأتى به قرآنا حين التعليم وإن حصل به المقصود للمتعلم والاستئجار للتعليم إنما أورده على كون المعلم قرآنا فهو تنصيص من المستأجر على فعل المعصية (قوله ولو ترك من القراءة الخ)

[فرع] أفتى شيخنا الرملى بجواز كتابة القرآن بالقلم الهندى ، وقياسه جوازه بنحو التركى أيضا .

[فرع آخر] الوجه جواز تقطيع حروف القرآن فى القراءة فى التعليم للحاجة إلى ذلك اهـ سم على حج (قوله ولا يلزمه استئناف ما بعده) أى فلو لم يقرأ سقط مايقابل المتروك من المسمى (قوله لوقوعها) متعلق بصارفة

(قوله وفى الثانية هذا وإبلاغ التابعى الخ) قال الشهاب ابن قاسم : يتأمل هذا جدا (قوله لوقوعها) متعلق بصارفة ، وقوله عما استؤجر له متعلق بوقوعها : أى أنها تصرف القراءة لما استؤجر له عن غيره (قوله ويؤخذ أنه لو استؤجر

لمطلق القراءة وصححناه احتاج إلى النية فيما يظهر (و) تصح الإجارة ولو من زوج كما مرّ لحرّة أو أمة وإن كانت كافرة إذ أمنت فيما يظهر (لحضانة) وهي الكبرى الآتية فى كلامه من الحضن وهو من الإبط إلى الكشح لأن الحاضنة تضمه إليه (وإرضاع) ولو للبا (معا) وحينئذ فالمعقود عليه كلاهما لأنهما مقصودان (ولأحدهما فقط) لأن الحضانة نوع خدمة ولآية الإرضاع المتقدّمة أوّل الباب، وتدخل الحضانة الصغرى فيه وهي وضعه فى الحجر وإلقامه الثدى وعصره له لتوقفه عليها، ومن ثم كانت هى المعقود عليها، واللبن تابع إذ الإجارة موضوعة للمنافع، وإنما الأعيان تتبع للضرورة، وإنما صحت له مع نفيها توسعة فيه لمزيد الحاجة إليه، ولابدّ من تعيين مدة الإرضاع. ومحله أهو بيته لأنه أحفظ، أو بيت المرضعة لأنه أسهل. فإن امتنعت من ملازمة ماعين أو سافرت تخير، ولا تستحق أجرة من وقت الفسخ ومن تعيين الرضيع برؤيته أو وصفه كما فى الحاوى لاختلاف شربه باختلاف سنه، وتكلف المرضعة تناول مايكثّر اللبن وترك ما يضرّه كوطء حليل يضرّ بخلاف وطء لاضرر فيه، ولو وجد بلبنها علة تخير به المستأجر. وشمل كلام المصنف مالو كانت المرضعة صغيرة لم تبلغ تسع سنين خلافا لما فى البيان، ولو سقته لبن

(قوله وصححناه) أى وهو الراجح (قوله وإن كانت كافرة) وليس هذا كالتقاط الكافرة للمسلم وتربيتها له حيث امتنع، لأن فى ذلك استيلاء تاما على الولد وإظهارا للولاية عليه المقتضى لحقارة الإسلام عند الكفار، ولا كذلك هذا (قوله الإبط) بالكسر (قوله الكشح) اسم لما تحت الخاصرة (قوله للبا) بالقصر (قوله ومن ثم كانت) أى الحضانة الصغرى (قوله وإنما صحت له) أى الارضاع (قوله مع نفيها) أى عدم ذكرها لما سيأتى من أنه لو استأجرها للإرضاع ونفى الحضانة الصغرى لم يصح، لكنه فى التحفة لم يذكر قوله ولو استأجرها للإرضاع ونفى الحضانة الخ، وعبر هنا بمثل ماعبر به الشارح فكتب عليه سم رحمه الله مانصه: قوله وإنما صحت مع نفيها الخ ظاهره مع نفى الصغرى وكلام الروضة صريح فيه، لكن وصف فى شرح الروض الحضانة فى قوله وإن نفى الحضانة جاز بقوله الكبرى، وعبارة الزركشى: فإن استأجر للرضاع ونفى الحضانة فالأصح الصحة. ثم قال: وخص الإمام الخلاف بنفى الحضانة الصغرى. فأما نفى الحضانة الكبرى فلا خلاف فى جوازه وأقراه، لكن فى الكفاية عن القاضى الحسين جريان الخلاف فيها أيضا اهـ بحروفه (قوله من وقت الفسخ) ظاهره وإن لم تعلم به اهـ سم على حج (قوله كوطء حليل) وهل تصير ناشزة بذلك فلا تستحق نفقة وإن أذن لها فى ذلك قياسا على مالو أذن لها فى السفر لحاجتها وحدها أو لحاجة أجنبى لغرضها أم لاتصير ناشزة بذلك؟ فيه نظر، والأقرب الأول، وغايته أن الإذن لها فى ذلك أسقط عنها الإثم فقط، وإذا حرم عليه الوطء هل تمنعه منه وإن خاف العنت لما فيه من الإضرار بالولد المتردّى إلى قتله فيجوز له نكاح الأمة حينئذ أم لا؟ فيه نظر أيضا، والأقرب الأوّل فيفرق بين حرمة الوطء هنا مع خوف العنت وجوازه فى الحيض لذلك بأن الحرمة فى الحيض لحق الله تعالى وهنا لحق آدمى فلا يجوز تفويته على صاحبه لأن الضرر لا يزال بالضرر. ونقل عن بعض أهل العصر خلاف ماقلناه فى المسئلة الأولى فاحذره ولا تغترّ به (قوله بخلاف وطء لاضرر فيه) والفرق بين هذا وما تقدم من أنه لايمنع

لمطلق القراءة وصححناه) أى خلاف مامر من الحصر فى الصور الأربع (قوله وإنما صحت له مع نفيها) يعنى مع عدم ذكرها كما أوّله بذلك الشيخ فى الحاشية حتّى لاينافى ما سيأتى قريبا (قوله ولا تستحق أجرة من وقت الفسخ) أى وإن أرضعت كما هو ظاهر (قوله باختلاف سنه) قد يؤخذ منه أن المراد بوصفه ذكر سنه فليراجع (قوله مايكثّر اللبن) ينبغى أن المراد كثرة إلى حدّ الكفاية لاغير فليراجع (قوله كوطء حليل يضرّ) وتقدم أنه ليس

غيرها فى إجارة ذمة استحقت الأجرة أو عين فلا (والأصح أنه) أى الشأن (لايستتبع أحدهما) أى الإرضاع والحضانة الكبرى (الآخر) لأنهما منفعتان مقصودتان يجوز إفراد كل منهما بالعقد فأشبها سائر المنافع . والثانى نعم للعادة بتلازمهما (والحضانة) الكبرى (حفظ صبى) أى جنسه الصادق بالأنثى (وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه) بفتح الدال (وكحله وربطه فى المهد وتحريكه لينام ونحوها) لاقتضاء اسم الحضانة عرفا لذلك ، أما الدهن بضم الدال فالأوجه أنه على الأب ولا تتبع فيه العادة لعدم انضباطها (ولو استأجر لهما) أى الحضانة الكبرى والإرضاع (فانقطع اللبن فالمذهب انفساخ العقد فى الإرضاع) فيسقط قسطه من الأجرة (دون الحضانة) لما مر من أن كلا منهما مقصود معقود عليه ، والحضانة الصغرى أن تلقمه بعد وضعه فى حجرها مثلا الثدى كما مرّ ، ولو استأجرها للإرضاع ونفى الحضانة الصغرى لم تصح (والأصح أنه لايجب حبر) بكسر الحاء (وخيط وكحل) وصبغ وطلع (على ورّاق) وهو الناسخ (وخياط وكحال) وصباغ وملقح ، وفى معنى ذلك قلم النساخ وإبرة الخياط ودرور الكحال ومروده ومرهم الجرائحى وصابون وماء الغسال اقتصارا على مدلول اللفظ مع أن وضع الإجارة على عدم استحقاق عين بها وأمر اللبن على خلاف القياس للضرورة (قلت : صحح الرافعى فى الشرح الرجوع فيه) أى المذكور (إلى العادة) لعدم ورود مايضبطه لغة وشرعا (فإن اضطربت) العادة (وجب البيان) نفيا للغرر (وإلا) أى وإن لم يبين (فتبطل) الإجارة أى لم تصح (والله أعلم) لما فيها من الغرر المفضى إلى التنازع من غير غاية ، وحيث شرطت على الأجير فلا بد من التقدير فى نحو المرهم وأخواته ، فإن شرطه مطلقا فسد العقد ، بخلاف مالو اقتضى العرف كونه على المستأجر أو شرطه عليه فلا يجب ذلك . وقضية كلام الإمام أن محل التردد فى ذلك عند صدور العقد على الذمة . فإن كان على العين لم يجب غير نفس العمل وهذا هو الأوجه ، وفى ذكر المصنف كلام الشرح إشعار بترجيح ما فيه وهو المعتمد ، وإذا أوجبنا الخيط والصبغ على المؤجر

الزوج من الوطء خوف الحبل أن ذاك أمر متوقع غير مظنون بخلاف هذا (قوله أما الدهن) وينبغى أن مثل الدهن فى كونه على الأب أجرة القابلة لفعلها المتعلق بإصلاح الولد كقطع سرته دون مايتعلق بإصلاح الأم مما جرت به العادة من نحو ملازمتها لها قبل الولادة وغسل بدنها وثيابها فإنه ليس على الأب بل عليها كصرفها ماتحتاج إليه للمرض (قوله ولو استأجرها للارضاع ونفى الحضانة الصغرى لم تصح) ظاهره وإن لم يحتج الولد لذلك لقدرته على التقام الثدى بنفسه وهو ظاهر لأن مثل هذا نادر ، على أنه قد يعرض للولد مايمنعه من ذلك كمرض (قوله فتبطل الإجارة) أى لم تصح : أى وعلى عدم الصحة فيجب للعامل أجرة مثل عمله ، وإذا أحضر من عنده المرهم والكحل ونحوهما هل يرجع ببدلها على المستأجر لأنه لم يقصد التبرع بها أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر الأول فيرجع بأجرة مثل العمل وبقيمة ما استعمله مما جرت العادة باستعماله (قوله على المؤجر) أى حيث جرت به العادة أو شرط عليه

لمستأجرها للإرضاع منع زوجها من الوطء خوف الحبل وانقطاع اللبن ، فلعلهم يرون الفرق بين تغير اللبن واختلافه على الطفل لأن هناك مندوحة وهى الفسخ ، ويحتمل أن ما هناك فى منع المستأجر للزوج وما هنا فى امتناعه على المرأة ولا تلازم بينهما ، ويحتمل أن ما هناك فى مجرد الخوف وما هنا فى غلبة الظن ، ثم رأيت شيخنا جزم بالأخير فليراجع (قوله والحضانة الصغرى أن تلقمه الخ) أى وتعصر له الثدى كما مر (قوله وذرور الكحال) قد يقال لا حاجة إليه مع قول المصنف وكحل لأنه هو (قوله وأخواته) أى مما يستهلك كالكحل بخلاف نحو الإبرة والقلم كذا ظهر فليراجع (قوله على المؤجر) بفتح الجيم

فالأوجه ملك المستأجر لهما فيتصرف فيه كالثوب لا أن المؤجر أتلفه على ملك نفسه ، ويظهر لى إلحاق الحبر بالخيط والصبغ ولم أر فيه شيئا ، ، ثم رأيت صاحب العباب جزم به ويقرب من ذلك ماء الأرض المستأجرة للزرع ، والذى يظهر فيه كما أفاده السبكى أنه باق على ملك مالكها ينتفع به المستأجر لنفسه ، وفى اللبن والكحل كذلك ، وأما الخيط والصبغ فالضرورة تحوج إلى نقل الملك ، وألحقوا بما تقدم الحطب الذى يقدّمه الخباز ، ولا شك أنه يتلف على ملكه، ولو شرط لطبيب ماهر أجرة وأعطى ثمن الأدوية فعالجه بها فلم يبرأ استحق المسمى إن صحت الإجارة كما اقتضاه كلامهم وصرح به بعضهم وإلا فأجرة المثل ، وليس للعليل الرجوع عليه بشىء لأن المستأجر عليه المعالجة دون الشفاء ، بل إن شرطه بطلت الإجارة لأنه بيد الله تعالى . نعم إن جاعله عليه صح ولم يستحق للمسمى إلا بعد وجوده كما هو ظاهر .

(فصل) فيما يلزم المكرى أو المكترى لعقار أو دابة

(يجب) يعنى يتعين لدفع الخيار الآتى على المكرى (تسليم مفتاح) ضبة (الدار) معها (إلى المكترى) لتوقف الانتفاع عليه وهو أمانة بيده ، فلو تلف ولو بتقصير فعل المكرى تجديده ، فإن امتنع لم يجبر ولم يأثم . نعم يتخير

(قوله فيتصرف فيه) أى المذكور (قوله والكحل كذلك) أى إنه باق على ملك المؤجر وينتفع به المستأجر (قوله ولو شرط لطبيب ما هر الخ) أما غير الماهر المذكور فقياس ما يأتى أول الجراح والتعازير من أنه يضمن ماتولد من فعله ، بخلاف الماهر أنه لايستحق أجرة ويرجع عليه بثمن الأدوية لتقصيره بمباشرته لما ليس هو له بأهل ، ومن شأن هذا الإضرار لا النفع حج رحمه الله . وكتب عليه سم ما نصه : هل استئجاره صحيح أولا ؟ إن كان الأول فقد يشكل الحكم الذى ذكره ، وإن كان الثانى فقد يقيد الرجوع بثمن الأدوية بالجهل بحاله م ر فليحرر اهـ رحمه الله . والظاهر الثانى ، ولا شىء له فى مقابلة عمله لأنه لايقابل بأجرة لعدم الانتفاع به ، بل الغالب على عمل مثله الضرر (قوله إن صحت الإجارة) أى كأن قدرت بزمان معلوم (قوله إن شرطه) أى الشفاء .

(فصل) فيما يلزم المكرى أو المكترى

(قوله فيما يلزم المكرى أو المكترى الخ) أى وما يتبع ذلك من انفساخ الإجارة بتلف الدابة وغيره (قوله أو المكترى) الأولى حذف الألف وبه عبر حج (قوله لدفع الخيار) أى لا لدفع الإثم (قوله تسليم مفتاح الخ)

[فرع] هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ فيه نظر ، وقد يتجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب كأن أمكن التسلق من الجدار ، وعلى الصحة فهل يثبت الخيار للجاهل كأن رآها قبل ثم سد بابها ثم استأجرها اعتمادا على الرؤية السابقة الوجه الثبوت فلتراجع المسئلة اهـ سم على حج (قوله فعلى المكترى تجديده) أى مع ضمان المكترى لقيمته الآن إن تلف بتقصير لا ما صرفه عليه (قوله فإن امتنع لم يجبر) أى من التجديد ، وقضية قوله أولا فى

(قوله لأن المؤجر أتلفه) حسا أو حكما (قوله أنه باق على ملك مالكها) تقدم هذا آنفا ولعل الصورة أنه حصل به السقيا بالفعل حتى يكون نظير ما نحن فيه (قوله ينتفع به المستأجر لنفسه) أى فى الأرض كما هو ظاهر فليراجع (قوله وفى اللبن) صريح فى أن المرأة تملك لبن نفسها وانظر فى أى وقت يحكم بملكها له هل وهو فى الضرع أو بعد الانفصال؟ يراجع .

(فصل) فيما يلزم المكرى أو المكترى

(قوله ولو بتقصير) ومعلوم أنه فى حالة التقصير يضمنه وقد صرح به غيره ، وظاهر أن ضمانه بالقيمة ،

المكترى ويجرى ذلك فى جميع ما يأتى ، (وقول القاضى بانفساخها فى مدة المنع غير ظاهر لتقصيره بعدم الفسخ مع ثبوت الخيار له . نعم لو كان جاهلا بثبوته وهو ممن يعذر احتمل ماقاله، وخرج بالضبة القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع (وعمارتها على المؤجر) الشاملة لنحو تطيين سطح وإعادة رخام قلعه هو أو غيره كما هو ظاهر ولا نظر لكون الفائت به مجرد الزينة لأنها غرض مقصود ومن ثم امتنع على المؤجر قلعه ابتداء ودواما وإن احتاجت لآلات جديدة (فإن بادر) أى قبل مضى مدة لمثلها أجرة (وأصلحها) أو سلم المفتاح فذاك (وإلا) بأن لم يبادر (فللمكترى) قهرا على المؤجر (الخيار) إن نقصت المنفعة بين الفسخ والإبقاء لتضرره ومن ثم زال بزواله، ولو وكف السقف تخير حالة وكفه فقط إلا أن يتولد منه نقص ، وبحث الولى العراقى سقوطه

فى تفسير قول المصنف يجب : يعنى يتعين لدفع الخيار لأنه لايجبر على تسليم المفتاح أيضا ولا يأثم بامتناعه وهو مشكل ، فإنه حيث صحت الإجارة استحق المكترى المنفعة على المكرى ، فعدم التسليم والتجديد امتناع من حق توجه عليه فعله ، فالقياس أنه يأثم بعدمه ويجبر على التسليم ، وقد تقدم أن البائع يجبر على تسليم المبيع حيث قبض الثمن أو كان مؤجلا (قوله وقول القاضى بانفساخها فى مدة المنع ظاهر) وفى نسخة غير ظاهر(١) لتقصيره بعدم الفسخ مع ثبوت الخيار له . نعم لو كان جاهلا بثبوته وهو ممن يعذر احتمل ما قاله اه . ولعل ما فى الأصل هو الذى رجع إليه ، ووجهه أنه بامتناع المؤجر من تسليم المفتاح فات جزء من المنفعة المعقود عليها فينفسخ فيها العقد كتلف بعض المبيع تحت يد البائع ، وذلك مقتض لثبوت الخيار لتفريق الصفقة عليه ، وفى سم على حج مايصرح بذلك حيث قال ما نصه : قوله قال القاضى وينفسخ فى مدة المنع ما قاله القاضى ظاهر شرح مر . ويؤيده ويوافقه ما سيأتى فى غصب نحو الدابة من ثبوت الخيار والانفساخ فى كل مدة مضت فى زمن الغصب ، وإن لم ينفسخ فنى التنظير فى كلام القاضى وتخصيص صحته بحالة الجهل المذكورة نظر (قوله وخرج بالضبة القفل) أى ولو لم يكن لها غلق غيره (قوله قلعه هو) أى المؤجر أو غيره ولو المكترى وضمانه لما فعله لايسقط خياره حيث لم يعده المكرى (قوله لكون الفائت به) أى الرخام وقوله لأنها أى الزينة (قوله ومن ثم امتنع على المؤجر قلعه) أى لأنه بإيجاره نقل المنفعة عن ملكه للمستأجر بتلك الصفقة فقلع الرخام أو نحوه تفويت لحق المستأجر (قوله وإن احتاجت) غاية (قوله ومن ثم زال) أى الخيار وقوله بزواله : أى الضرر ، وقوله ولو وكف : أى نزل المطر منه (قوله إلا أن يتولد منه نقص) يؤخذ مما سيأتى فى مسئلة الدابة أنه لو كان الوكف لخلل فى السقف لم يعلم به قبل أن يستحق أرش النقص لما مضى سواء فسخ الإجارة أم لا (قوله وبحث الولى العراقى سقوطه) أى الخيار ، والمعتمد عدم

وعبارة التحفة : وهو أمانة بيده ، فإذا تلف بتقصير ضمنه أو عدمه فلا ، وفيهما يلزم المكرى تجديده انتهت . وكان ينبغى للشارح أن يعبر بمثله وإلا فما فرعه على الأمانة لا تعلق له بها (قوله وقول القاضى بانفساخها فى مدة المنع غير ظاهر) لعل صورة المسئلة أنه غير منتفع بالدار فى تلك المدة كما هو ظاهر فليراجع . واعلم أن هذا رجع إليه الشارح بعد أن كان تبع ابن حجر فى التنظير فى كلام القاضى (قوله وإن احتاجت لآلات جديدة) غاية فى المتن (قوله بين الفسخ والإبقاء) متعلق بالخيار (قوله وبحث الولى العراقى سقوطه الخ) الظاهر أن الشارح لايرتضى هذا أخذا من إطلاقه فيما مر امتناع قلعه وبقرينة التعليل المار مع إسناد هذا لقائله بحثا المشعر بعدم تسليمه

---

(١) (قول المحشى وفى نسخة غير ظاهر الخ)هذه ، النسخة هى مافى جميع النسخ التى بأيدينا ولم نر النسخ التى كتب عليها اه .

بالبلاط بدل الرخام لأن التفاوت بينهما ليس له كبير وقع . وأنه لو شرط إبقاء الرخام فسخ بخلف الشرط ، ومحل ماتقرر فى الحادث . أما مقارن علم المكترى به فلا خيار له . وإن علم أنه من وظيفة المكرى لتقصيره بإقدامه مع علمه به . هذا كله فيمن تصرف عن نفسه . أما المتصرف عن غيره والناظر فتجب عليه العمارة عند تمكنه منها لكن لا من حيث الإجارة ، ويلزم المؤجر أيضا انتزاع العين ممن غصبها حيث قدر على تسليمها ابتداء أو دواما إن أراد دوام الإجارة ، وإلا فللمكترى الخيار كدفع نحو حريق ونهب عنها . فإن قدر عليه المستأجر من غير خطر لزمه كالوديع . ويؤخذ منه أنه لو قصر ضمن وأنه لايكلف النزع من الغاصب وإن سهل عليه كالمودع كما هو مصرح به فى كلامهم (وكسح الثلج) أى كنسه (عن السطح) الذى لاينتفع به الساكن كالجملون (على المؤجر) بالمعنى السابق (وتنظيف عرصة الدار) وسطحها الذى ينتفع ساكنها به كما بحثه ابن الرفعة (عن ثلج) وإن كثر (وكناسة) حصلا فى دوام المدة وهى مايسقط من نحو قشر وطعام ومثلها رماد الحمام كما اعتمده ابن الرفعة ورماد غيره كذلك (على المكترى) بمعنى أنه لايجبر عليه المكرى لتوقف كمال انتفاعه لا أصله على رفع الثلج . ولأن الكناسة من فعله ، والتراب الحاصل بالريح لايلزم واحدا منهما نقله . وبعد انقضاء المدة يجبر المكترى على نقل الكناسة .

السقوط لما تقدم من أن الزينة به مقصودة وقد فاتت (قوله لتقصيره بإقدامه مع علمه) ومنه مالو كانت الدار بلا باب كما تقدم عن سم (قوله فتجب عليه العمارة عند تمكنه) أى حيث ترتب على عدمها ضرر للوقف أو المولى عليه أو الواقف . أما لو كان الخلل يسيرا لايظهر به تفاوت فى الأجرة ولا غيرها كانصداع يسير فى بعض السقف أو جدار فلا (قوله لكن لا من حيث الإجارة) بل من حيث رعاية المصلحة للوقف وللمولى عليه (قوله ويؤخذ منه أنه لو قصر ضمن) أى العين بقيمتها وقت الغصب ويكو للحيلولة حتى لو زالت يد الغاصب عنها ورجعت للمالك استردها المستأجر منه (قوله وإن سهل عليه) أى كما صمم عليه م ر خلاف ما صمم عليه طب اه سم على منهج . وكتب أيضا قوله وإن سهل عليه يتأمل هذا مع قوله أولا فإن قدر عليه المستأجر من غير خطر لزمه اللهم إلا أن يقال : إن عدم اللزوم إذا غرم القيمة للحيلولة واللزوم قبل غرمها فلا تنافى (قوله كالجملون) أى وكما لو كان السطح لا مرقى له وكتب أيضا قوله كالجملون قال فى المنهج وإلا فيظهر أنه كالعرصة أى فيجب تنظيفه منه (قوله بالمعنى السابق) أى أنه يتعين لدفع الخيار (قوله لايلزم واحدا منهما نقله) ظاهره وإن تعذر الانتفاع بها معه لأنه لا فعل فيه من المكرى والمكترى متمكن من إزالته ، ومثله يقال فى الكناسة بل عدم الخيار فيها أولى لأن الكناسة من فعله .

[فائدة] العرصة : كل بقعة بين الدور لاشىء فيها ، وجمعها عراص وعرصات .

[فرع] لو انهدمت الدار على متاع المستأجر وجب على المؤجر التنحية اه سم على منهج . وكتب أيضا لطف الله به قوله لايلزم واحدا منهما : أى لا فى المدة ولا بعدها ، وعليه فلو اختلفا هل هو من الرياح أو غيرها فهل يصدق المكرى أو المكترى ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن الأصل عدم لزوم النقل وبراءة ذمته (قوله يجبر المكترى على نقل الكناسة) أى دون الثلج . قال حج : وكذا قبل انقضاء المدة إن أضرت بالسقف

فليراجع (قوله وأنه لو شرط إبقاء الرخام الخ) صريح هذا السياق أنه بحث آخر لأبى زرعة وليس كذلك ، وإنما هو بحث لابن حجر كما يعلم بمراجعة تحفته (قوله فإن قدر عليه) أى دفع نحو الحريق (قوله وأنه لايكلف النزع من الغاصب) أى سواء توقف على خصومة أم لا ، لكن له النزع إن لم يتوقف على خصومة بخلاف ما إذا توقف عليها : أى من حيث المنفعة فيخاصم (قوله بالمعنى السابق) أى إن أراد دوام الإجارة (قوله بمعنى أنه لايجبر عليه المكرى)

وعليه بالمعنى المار تفريغ بالوعة وحش" مما حصل فيهما بفعله ، ولا يجبر على ذلك بعد انقضاء المدة ، وفارقا الكناسة بأنهما نشآ عما لابد منه بخلافها ، وبأن العرف فيها رفعها أوّلا فأوّلا بخلافهما ، ويلزم المؤجر تسليمهما عند العقد فارغين وإلا ثبت للمكترى الخيار ولو مع علمه بامتلائهما ، ويفارق مامر من عدم خياره بالعيب المقارن بأن استيفاء منفعة السكنى تتوقف على تفريغه ، بخلاف تنقية الكناسة ونحوها للتمكن من الانتفاع مع وجودها (وإن أجر دابة لركوب)عينا أو ذمة (فعلى المؤجر)عند الإطلاق (إكاف) بكسر أوله وضمه وهو للحمار كالسرج للفرس وكالقتب للبعير ، وفسره كثير بالبرذعة ، ولعله مشترك ، وفى المطلب أنه يطلق

(قوله وعليه)أى المكترى قبل انقضاء المدة (قوله تفريغ بالوعة وحش) الحش بفتح الحاء وضمها كما فى مختار الصحاح.

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو تعذر الحش هل يلزمه تفريغ الجميع أم تفريغ ماينتفع به فقط ؟ والجواب عنه أن الظاهر الثانى ، وعليه فلو كان مازاد تشوش رائحته على الساكن وأولاده هل يثبت له الخيار أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال فيه : إن كان عالما بذلك فلا خيار له وإلا ثبت له الخيار (قوله مما حصل فيهما بفعله) أى ولا يجبر على ذلك وإن تولد منه ضرر للجدران ، فإن أراد المالك دفع الضرر فعله لحفظ ملكه ، وينبغى كما مر أن هذا فيمن يتصرف عن نفسه ، أما الناظر والولىّ فيجب عليهما ذلك عملا بالمصلحة : هذا وقياس ماذكره حج فى الكناسة إجبار المكترى قبل انقضاء المدة على تفريغ البالوعة والحش حيث تولد منهما ضرر ، وهو قضية كلام سم على منهج ، والأقرب عدم اللزوم كما هو قضية كلام الشارح ، ويفرق بينهما وبين الكناسة بأنه جرت العادة فى الكناسة بأن تزال شيئا فشيئا وأنه لا ضرورة إلى وجودها بخلاف البالوعة والحش .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو اتسخ الثوب المؤجر وأريد غسله هل هو على المستأجر أو المؤجر ؟ والجواب عنه أن الظاهر أن يقال : يأتى فيه جميع ما قيل فى الكناسة ، ويحتمل وهو الأقرب أن يأتى فيه ما فى الحش فلا يجب عليه غسله لا قبل فراغ المدة ولا بعدها لأنه ضرورى عادة فى الاستعمال (قوله ولا يجبر على ذلك بعد انقضاء المدة) بقى مالو استأجر مدة تلى مدته ، فإن استأجر مدة أو مدتين فى مجلس واحد فى عقود متعددة فالكل كالمدة الواحدة ، وإن استأجر بعد فراغ مدته وطلب من المؤجر التفريغ لزمه ، فإن لم يفرغه ثبت للمكترى الخيار وإن كان الامتلاء بفعله لعدم لزوم التفريغ له (قوله بأنهما) أى ما فى البالوعة والحش (قوله وبأن العرف فيها) أى الكناسة (قوله فارغين) أى على وجه يتأتى معه الانتفاع فلا يضر استعمالها بما لايمنع المقصود منهما كما يؤخذ من قوله بأن استيفاء منفعة السكنى تتوقف ،وعليه فلو سلمهما له مشغولين بما لايمنع المقصود ثم انتفع بهما المستأجر فصارا لايمكن الانتفاع بهما بأن امتلآ هل يثبت للمكترى الخيار أم لا لأن عدم الانتفاع إنما نشأ عن فعله ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن منع الانتفاع إنما حصل بما كان موجودا قبل ،وكتب أيضا لطف الله به قوله فارغين لو اختلفا فى الامتلاء وعدمه فهل يصدق المؤجر أو المستأجر؟ فيه نظر ، والأقرب فى ذلك الرجوع إلى القرائن ، فإذا كانت الإجارة منه منذ شهر مثلا صدق المستأجر وإلا صدق المؤجر أخذا مما قالوه فيما لو اختلفا فى جراحة سائلة بالمبيع والبيع والقبض من أمس مثلا حيث قالوا فيه إن المصدق المشترى بلا يمين (قوله وهو للحمار كالسرج الخ) المتبادر من هذه العبارة أن الإكاف مختص بالحمار كما أن السرج مختص بالفرس

أى مع لزوم تنظيفه عليه بعد المدة حتى يفارق الغبار الحاصل بالريح الآتى (قوله وهو للحمار كالسرج الخ)

فى بلادنا على ما يوضع فوق البرذعة ويشد عليه الحزام اه . والمراد هنا ماتحت البرذعة (وبرذعة) بفتح أوله ثم ذال معجمة أو مهملة وهى الحلس الذى تحت الرحل كذا فى الصحاح فى موضع كالمشارق . وقال فى حلس : الحلس للبعير وهو كساء رقيق يكون تحت البرذعة وهى الآن ليست واحدا من هذين، بل حلس غليظ محشوّ ليس معه شيء آخر غالبا (وحزام) وهو مايشد به الإكاف (وثفر) بمثلثة وفاء مفتوحة وهو مايجعل تحت ذنب الدابة (وبرة) بضم أوّله وتخفيف الراء حلقة تجعل فى أنف البعير (وخطام) بكسر أوله يشدّ فى البرة ثم يشد بطرف المقود بكسر الميم لتوقف التمكين اللازم له عليها مع اطراد العرف به ، فاندفع بحث الزركشى أن محل ذلك عند اطراد العرف به وإلا وجب البيان كما مر فى نحو الحبر ، أما إذا شرط أنه لاشيء عليه من ذلك فلا يلزمه (وعلى المكترى محمل ومظلة) أى مايظلل به على المحمل (ووطاء) وهو مايفرش فى المحمل ليجلس عليه وغطاء بكسر أوّلهما (وتوابعهما) كحبل يشدّ به المحمل على البعير أو أحد المحملين إلى الآخر لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع فلم يستحق بالإجارة ، وقد نقل الماوردى عن اتفاقهم أن الحبل الأوّل على الجمال لأنه من آلة التمكين ، وهو ظاهر لكونه كالحزام ، وفارق الثانى بأن الثانى لإصلاح ملك المكترى (والأصح فى السرج) للفرس المستأجر عند الإطلاق (اتباع العرف) قطعا للنزاع . ومحله عند اطراده بمحل العقد وإلا وجب البيان كما مرّ . والثانى أنه على المؤجر كالإكاف . والثالث المنع لأنه ليس له عادة مطردة ولو اطرد العرف بخلاف مانصوا عليه عمل به فيما يظهر بناء على أن الاصطلاح الخاص يرفع الاصطلاح العام كما اقتضاه كلامهم وإن اقتضى فى مواضع أخرى عدمه ، لأن العرف هنا مع اختلافه باختلاف المحال كثيرا هو المستقلّ بالحكم فوجبت إناطته به مطلقا ، وبه يفرق بينه وبين مامرّ فى المساقاة وما يأتى فى الإحداد (وظرف المحمول على المؤجر فى إجارة الذمة) لالتزامه النقل (وعلى المكترى فى إجارة العين) لأنه ليس عليه سوى تسليم الدابة مع نحو إكافها وحفظ الدابة على صاحبها مالم يسلمها له ليسافر عليها وحده فيلزمه حفظها صيانة لها لأنه كالمودع (وعلى المؤجر فى إجارة الذمة الخروج مع الدابة) بنفسه أو نائبه (ليتعهدها و) عليه أيضا (إعانة الراكب فى ركوبه ونزوله بحسب الحاجة) والعرف فى كيفية الإعانة فينيخ البعير

والقتب مختص بالبعير ، ولا يفهم من هذا بيان حقيقته ، وعليه فقوله وفسره بعضهم الخ بيان لما أجمله من قال هو كالسرج الخ ، وإذا كان كذلك لم يظهر معنى قوله ولعله مشترك (قوله والمراد هنا ماتحت البردعة) وهو المسمى الآن بالمعرفة لاهى لعطفها عليه (قوله كالمشارق) اسم كتاب (قوله وقال فى حلس) أى فى مادتها (قوله وخطام) وعليه أيضا نعل احتيج إليه (قوله أما إذا شرط الخ) محترز عند الإطلاق ، وفى الروض وشرحه : فإن اكترى الدابة عريا كأن قال اكتريت منك هذه الدابة العارية فقبل فلا شيء عليه من الآلات اه سم على حج (قوله وتوابعهما) ومن ذلك الآلة التى تساق بها الدابة (قوله على الجمال) ضعيف (قوله وهو ظاهر) أى من حيث المعنى ، وإلا فالمعتمد أنه على المكترى (قوله وإن اقتضى فى مواضع) الأولى أن يقول : وإن جروا فى مواضع أخر على خلافه (قوله وعلى المؤجر فى إجارة الذمة) ومنه مايقع فى مصرنا من قوله أوصلنى للمحل الفلانى بكذا

هذا تفسير له باعتبار اللغة ، وسيأتى تفسيره بالمعنى المراد (قوله وهومايشدّ به الإكاف) يعنى بالمعنى اللغوى وهو مافوق البرذعة أو نفس البرذعة على مامر فيه (قوله أما إذا شرط) محترز قوله عند الإطلاق (قوله وعلى المكترى محمل ومظلة الخ) قال الشهاب ابن قاسم : شامل للعين والذمة بدليل تعميم القسم ، ويتحصل مما هنا مع قوله فيما قبل الفصل السابق ، وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له أن ماذكر من المحمل وغيره على المكترى وهو ماذكر هنا ، فإن كان معه فلابدّ من معرفته وهو ماذكره هناك ، وإلا لم يحتج لمعرفته ويركبه

لنحو امرأة وضعيف حالة الركوب وإن كان قويا عند العقد ، ويقرّب نحو الحمار من مرتفع ليسهل ركوبه وينزله لما لا يتأتى فعله عليها كصلاة فرض لا نحو أصل وينتظر فراغه ولا يلزمه مبالغة تخفيف ولا قصر ولا جمع ، وليس له التطويل على قدر الحاجة : أى بالنسبة للوسط المعتدل من فعل نفسه فيما يظهر ، فلو طوّل ثبت للمكرى الفسخ ، قاله الماوردى . وله النوم عليها وقت العادة دون غيره لثقل النائم ، ولا يلزمه النزول عنها للإراحة ، بل للعقبة إن كان ذكرا قويا لا وجاهة ظاهرة له بحيث يخلّ المشى بمروءته عادة ، وعليه إيصاله إلى أوّل البلد المكرى إليها من عمرانها إن لم يكن لها سور وإلا فإلى السور دون مسكنه . قال الماوردى : إلا إن كان البلد صغيرا تتقارب أقطاره فيوصله منزله ، ولو استأجره لحمل حطب إلى داره وأطلق لم يلزمه إطلاعه السقف وهل يلزمه إدخاله الدار والباب ضيق أو تفسد الإجارة قولان أصحهما أوّلهما ، ولو ذهب مستأجر الدابة بها والطريق آمن فحدث خوف فرجع بها ضمن أو مكث هناك ينتظر الأمن لم تحسب عليه مدته . وله حينئذ حكم الوديع فى حفظها وإن قارن الخوف العقد فرجع فيه لم يضمن إن عرفه المؤجر . وإن ظن الأمن فوجهان أصحهما

فإنه إن اشتمل ذلك على صيغة صحيحة لزم فيها المسمى وإلا فأجرة المثل (قوله وإن كان قويا عند العقد) وظاهره أنه لا خيار للمكرى بطروّ ذلك على المكترى . ويفرق بين هذا وما تقدم فى المرض من أنه لا يلزم المكترى حمله مريضا لأن مرض المكترى يؤدى إلى دوام ضرر بالدابة بدوام ركوبه عليها ، بخلاف ماهنا فإنه يسير يتسامح بمثله عادة حتى إنه يقصد الأجانب فى طلب الإعادة به منهم (قوله ويقرب نحو الحمار) أى فلو قصر فيما يفعله مع الراكب فأدى ذلك إلى تلفه أو تلف شىء منه فهل يضمن أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب الضمان (قوله من فعل نفسه) ظاهره وإن خالف الوسط المعتدل من غالب الناس ، وينبغى أن يقال : إن لم يعلم المكترى بحاله وقت الإجارة ثبت له الخيار (قوله إن كان ذكرا) وخرج به المرأة فلا يلزمها ذلك وإن قدرت على المشى لما فيه من عدم السترلها (قوله لا وجاهة) أى فإن كان كذلك لم يلزمه النزول عن الدابة (قوله دون مسكنه) وظاهر أن محل هذا عند الإطلاق ، أما لو نص له على الوصول إلى منزله فيجب عليه لأنه من جملة ما استؤجر له ، وينبغى أن مثل النص مالو جرت العادة بإيصال المكترى إلى منزله (قوله ولو استأجره لحمل حطب) وليس من ذلك السقاء فإنه ليس مستأجرا لنقل الماء بل الماء مقبوض منه بالشراء الفاسد ، فإن شرط عليه فى العقد نقله إلى محل الماء المعتاد بطل العقد ، وإلا صح ولا يلزمه نقله ، فإن فعل تبرعا فذاك وإلا فعلى المشترى إحضار أوان للموضع الذى اشترى منه ليتسلم فيها الماء (قوله والطريق آمن) أى فى الواقع (قوله فرجع بها ضمن) قضيته أنه لا فرق فى هذا التفصيل بين وجود وكيل للمالك أو حاكم أو أمين فى الموضع الذى رجع منه وعدم ، وهو مخالف لعموم ما يأتى عن تصريح الأكثرين ، إلا أن يقال : إن الفرض هنا أنه استأجرها للذهاب بها والعود عليها (قوله فرجع فيه) أى الخوف (قوله وإن ظن)

المؤجر على ما يليق بدابته كما ذكره الشارح هناك إلى آخر ما ذكره الشهاب المذكور (قوله إلى أوّل عمرانها) هذا إذا كانت الإجارة للركوب فقط (قوله ولو ذهب مستأجر الدابة بها والطريق آمن الخ) هذه عبارة العباب بالحرف وعبارة الأنوار ولو كان الطريق آمنا والإجارة للذهاب والإياب فذهب ثم حدث الخوف لم يرجع إلى أن ينجلى ولا يحسب زمن المكث ، فإن رجع وسلمت الدابة من ذلك الخوف ولكن أصابتها آفة أخرى ضمن لأن من صار متعديا لم يتوقف الضمان عليه على أن يكون التلف من تلك الجهة ، ولو كان الطريق مخوفا فى الأوّل ،

عدم تضمينه (و)عليه أيضا (رفع الحمل وحطه وشدّ المحمل وحله) وشدّ أحد المحملين إلى الآخر وهما بالأرض وأجرة دليل وخفير وقائد وسائق وحافظ متاع فى المنزل ، وكذا نحو دلو ورشاء فى استئجار لنحو الاستقاء لاقتضاء العرف جميع ذلك (وليس عليه فى إجارة العين إلا التخلية بين المكترى والدابة) فلا يلزمه شىء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها المراد بالتخلية وليس المراد إن قبضها بالتخلية لئلا يخالف قبض المبيع فقد ذكر الرافعى هناك أنه يشترط فى قبض الدابة سوقها أو قودها زاد النووى : ولا يكفى ركوبها ، وتستقرّ الأجرة فى الصحيحة دون الفاسدة بالتخلية فى العقار وبالوضع بين يدى المستأجر وبالعرض عليه وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة ، وله قبله أن يؤجرها من المؤجر كما صححه فى الروضة هنا لا من غيره ، وفرق الوالد رحمه الله تعالى بين عدم صحتها فى نظيره من البيع بأن تسليم المعقود عليه هنا إنما يتأتى باستيفائه ، وبعد الاستيفاء لا يصح إيجاره (وتنفسخ إجارة العين) بالنسبة للمستقبل كما يأتى ، وذكر هنا لضرورة التقسيم (بتلف الدابة) المستأجرة ولا تبدل لفوات المعقود عليه وبه فارق ابدالها فى إجارة الذمة ، ولو كان تلفها أثناء الطريق استحق المالك لها قسط الأجرة ، بخلاف مالو تلفت العين المستأجرة لحملها أثناء الطريق كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى أخذا من قولهما لو احترق الثوب بعد خياطة بعضه بحضرة المالك أو فى ملكه استحق القسط لوقوع العمل مسلما له . ولو اكتراه لحمل جرة فانكسرت فى الطريق لاشىء له . والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب فوقع العمل مسلما لظهور أثره على المحل ، والحمل لا يظهر أثره على الجرة اهـ . وبما قالاه علم أنه يعتبر فى وجوب القسط فى الإجارة وقوع العمل مسلما وظهور أثره على المحل ،

أى المؤجر (قوله عدم تضمينه) أى المستأجر (قوله وحافظ متاع فى المنزل) عبارة الروض فى المنازل والتقييد بالمنزل والمنازل يخرج حال السير فليراجع اهـ سم على حج . أقول : قوله رجع يعلم حكمه من قوله وأجرة دليل وخفير الخ (قوله وبالوضع بين يدى المستأجر) تقدم فى البيع قبل قبضه أن محل الاكتفاء بذلك حيث كان المبيع خفيفا يمكن تناوله باليد ، وقياسه أن يأتى مثله هنا (قوله وله) أى للمستأجر فى إجارة العين ، وقوله قبله : أى القبض (قوله وفرق الوالد) قد يتوقف فيه بأن القبض فى كل شىء بحسبه وهو هنا بقبض العين ، بدليل أنه يؤجرها من غير المكرى ، فلو توقف القبض على الاستيفاء لم يكن فرق بين كون الإيجار قبل القبض وبعده ، وقد مر أنه لو كان رأس مال السلم صفقة كان قبضها فى المجلس بقبض محلها ولو عقارا اهـ حج (قوله ولو كان تلفها) أى الدابة (قوله بخلاف مالو تلفت العين الخ) أى فلا شىء له ، وظاهره أنه لا فرق بين كون المالك مع العين أم لا ، وهو لا يخالف ما استند إليه فى قوله أخذا من قولهما الخ لما ذكره بعد من أن الخياطة يظهر أثرها على المحل (قوله لا شىء له) أى لا أجرة له ثم إن قصر حتى تلفت ضمنها وإلا فلا . ومن التقصير مالو علم المكرى بعجز

فإن علم المكرى وأجاز جاز له الرجوع مع قيام الخوف ولا ضمان ، وإن جهل فوجهان انتهت (قوله وفرق الوالد بين عدم صحتها) أى وبين ماهنا ، ولعله أسقطه الكتبة (قوله إنما يتأتى باستيفائه) وبعد استيفائه لا يصح إيجاره : أى فلو أوقفنا صحة إيجاره على قبضه لانسدّ عليه باب الإجارة ، لكن هذا الفرق قد يتوقف فيه من وجهين : الأوّل أنهم جعلوا هنا قبض العين قائما مقام قبض المنفعة وحينئذ فيقال كان المتبادر أن لا يصح إيجاره إلا بعد قبض العين القائم مقام قبض المنفعة ، لأنه لما تعذر القبض الحقيقى بقبض المنفعة فما فى حكمه من قبض العين قائم مقامه والميسور لا يسقط بالمعسور . الوجه الثانى أن هذا الفرق يقتضى أن لا فرق بين إيجاره من المؤجر ومن غيره

ولو أقرّ بعد دفع الأجرة بأن لاحق له على المؤجر ثم بان فساد الإجارة رجع بها لأنه إنما أقرّ بناء على الظاهر من صحة العقد (ويثبت الخيار) على التراخي على المنقول المعتمد لأن الضرر يتجدد بمرور الزمان (بعينها) المقارن للعقد حيث كان جاهلا به والحادث لتضرره ، وهو كما قاله الأذرعي وغيره ما أثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت أجرتها لكونها تعثر أو تتخلف عن القافلة ، بخلاف خشونة مشيها كما جزما به ، لكن صوّب الزركشي قول ابن الرفعة أنه عيب كصعوبة ظهرها ، ولا ينافى ذلك عدّهم له فى المبيع عيبا . فقد أجاب الشيخ عنه بأن المعدود ليس مجرد الخشونة بل خشونة يخشى منها السقوط . وإذا علم بالعيب بعد المدة وجب له الأرش أو فى أثنائها وفسخ وجب لما مضى وإن لم ينفسخ لم يجب للمستقبل ، وتردد السبكي فيما مضى ورجح الغزى وجوبه (ولا خيار فى إجارة الذمة) بعيب الدابة المحضرة ولا بتلفها (بل يلزمه الإبدال) كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا لأن المعقود عليه فى الذمة بصفة السلامة وهذا غير سليم ، فإذا لم يرض به رجع إلى ما فى الذمة ، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار كما بحثه الأذرعي ، ويختص المكترى بما تسلمه فله إيجارها ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء (والطعام المحمول ليؤكل) فى الطريق إذا لم يتعرض فى العقد لإبداله ولا لعدمه (يبدل إذا أكل فى الأظهر) عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا ، وكأنهم إنما قدموه على العادة بأنه لايبدل لعدم اطرادها . والثانى لأن العادة عدم إبدال الزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ يسعره فيه أبدل جزما . نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط ، ولو شرط قدرا فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكي أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعا للشرط ،

الدابة عن حمل مثل ما حمله لها فتلف بسبب عجزها ومن ذلك عثارها (قوله ولو أقر) أى المستأجر (قوله ثم بان فساد الإجارة رجع بها) أى بالأجرة المسماة لفساد الإجارة ، وعليه أجرة المثل لمدة وضع يده على العين وقد يقع التقاصّ . وفى حج : ولو أبرأه المؤجر من الأجرة ثم تقايلا العقد لم يرجع المكترى عليه بشيء اه . وكتب عليه سم : انظر لو وهبه المؤجر الأجرة بعد قبضها منه وأقبضها له ثم تقايلا اه . أقول : القياس الرجوع كما لو وهبت المرأة صداقها للزوج ثم فسخ النكاح (قوله بناء على الظاهر) يؤخذ منه جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن شخصا أقر بأن لزيد عليه كذا من الدراهم ثم ادعى أنه إنما أقرّ بذلك بناء على صحة العقد الذى جرى بينهما وادعى أنه يشتمل على ربا وأقام بذلك بينة وأراد إسقاط الزيادة ، وأنه إنما يلزمه مثل ما قبضه منه أو قيمته وهو أنه يقبل ذلك منه عملا بالبينة ، ولا ينافيه إقراره لأنه إنما بناه على ظاهر الحال من صحة العقد (قوله بخلاف خشونة مشيها) والمراد بالخشونة إتعاب راكبها كأن تتحوّل فى منعطفات الطريق مثلا ليخالف صعوبة ظهرها (قوله لكن صوّب الزركشي الخ) معتمد (قوله ورجح الغزى) معتمد (قوله يبدل إذا أكل) ظاهره وإن لم يحتج إليه بأن كان قريبا من مقصده ، ولو قيل بأنه لايبدله إلا إذا كان يحتاج إليه قبل وصوله مقصده لم يكن بعيدا ، وكذا يقال فيما لو أكل بعضه (قوله عملا بمقتضى اللفظ) أى لفظ الإجارة ، وقوله وحمل كذا إلى كذا وما أكل لايصدق عليه أنه حمل للمحل المعين (قوله بسعره) أى بأن زاد قدرا لايتغابن به (قوله فالظاهر كما قاله السبكي الخ) معتمد

(قوله لأن الضرر) أى بسبب هذا العيب الحاصل (قوله فقد أجاب الشيخ) يوهم أن هذا التقييد من عند الشيخ وليس كذلك بل هو كذلك فى كلام الأصحاب ، وعبارة التحفة : ولا تخالف لقولهم فى البيع إنه عيب إن خشى منه السقوط ، وعليه يحمل الثانى : يعنى كلام الزركشي (قوله نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الخ) عبارة التحفة : واختار السبكي أنه لايجوز الإبدال إلا إن شرط قدرا يعلم أنه لايكفيه ، وإذا قلنا لايبدل فلم يأكل منه شيئا فهل

ويحتمل أن له ذلك للعرف لأنه لم يصرح بحمل الجميع فى جميع الطريق . قال : وهو الذى إليه تميل ، وخرج بقوله ليؤكل ما حمل ليوصل فيبدل قطعا وبقوله إذا أكل ما تلف بسرقة أو غيرها فيبدل قطعا على نزاع فيه وبفرضه الكلام فى المأكول المشروب.فيبدل قطعا للعرف .

(فصل)

فى بيان غاية المدة التى تقدر بها المنفعة تقريبا وكون يد الأجير يد أمانة وما يتبع ذلك

(يصح عقد الإجارة) على العين (مدة تبقى فيها) تلك (العين) بصفاتها المقصودة كما هو ظاهر (غالبا) لإمكان استيفاء المعقود عليه حينئذ كسنة فى نحو الثوب وعشر سنين فى الدابة وثلاثين سنة فى العبد على مايليق بكل منها وكمائة سنة أو أكثر فى الأرض طلقا كانت أو وقفا لم يشترط واقفه لإيجاره مدة . قال البغوى : والمتولى كالقاضى إلا أن الحكام اصطلحوا على منع إجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف، وفى الأنوار أن ما قالاه هو الاحتياط . قال الشيخان : وهذا الاصطلاح غير مطرد : قال السبكى : ولعل سببه أن إجارة الوقف تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . قال : وفيه أيضا منع الانتقال إلى البطن الثانى وقد تتلف الأجرة فتضيع عليهم ، ومع ذلك تدعو الحاجة إليه لعمارة ونحوها فالحاكم يجتهد

(قوله ماحمل ليوصل) أى فتلف قبل الوصول (قوله فيبدل قطعا) أى فلو لم يبدله فى المسائل المذكورة لم يسقط من المسمى شىء لأنه لم يوجد من المكرى مانع .

(فصل) فى بيان غاية المدة

(قوله كما هو ظاهر غالبا) فلو أجره مدة لاتبقى إليها غالبا فهل تبطل فى الزائد فقط اهـ سم على حج . أقول : القياس نعم وتتفرق الصفقة ، ثم رأيته فى العباب صرح بذلك ، وعبارته : فإن زاد على الجائز بطلت فى الزائد فقط اهـ . وعليه فلو أخلف ذلك وبقيت على حالها بعد المدة التى اعتبرت لبقائها على صورتها فالذى يظهر صحة الإجارة فى الجميع لأن البطلان فى الزيادة إنما كان نظن تبين حطؤه (قوله على ما يليق بكل منهما) وبه يعلم أن ذكر ذلك العدد للتمثيل لا للتقييد انتهى حج (قوله وكمائة سنة)

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو استأجر دارا موقوفة وهى متهدمة مدة طويلة هل تراعى أجرتها الآن وهى متهدمة أم يجب مراعاة أجرتها بعد عودها على ماكانت عليه ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه يفرض بناؤها على الصفة التى يئول أمرها إليها بالعمل عادة ثم يعتبر أجرة مثلها معجلة وهى دون أجرة مثلها ولو قسطت على الأشهر والسنين بحيث يقبض آخركل قسط مايخصه ، وإنما اعتبرنا تلك الصفة لأن الغرض من إيجارها كذلك أن تبنى بالأجرة المعجلة ، ولو اعتبرت أجرة مثلها بتلك الحالة التى هى عليها كان إضاعة للوقف لأنها إنما يرغب فيها كذلك بأجرة قليلة جدا (قوله طلقا) أى مملوكة (قوله قال وفيه أيضا) أى قال السبكى (قوله لعمارة أونحوها)

للمؤجر مطالبته بتنقيص قدر أكله الذى بحثه السبكى فيما إذا لم يقدره وحمل مايحتاجه أن له ذلك لأنه العرف ، وفيما إذا قدره أنه ليس له ذلك اتباعا للشرط ثم مال إلى أنه كالأول انتهت .

(فصل) فى بيان غاية المدة الخ .

فى ذلك ويقصد وجه الله تعالى اهـ . وبمقتضى إطلاق الشيخين أفتى الوالد رحمه الله تعالى ويحمل قول القائل بالمنع فى ذلك كالأذرعى على ما إذا غلب على الظن اندراس اسم الوقف وتملك العين بسبب طول مدتها ، وإذا أجر شيئا أكثر من سنة لم يجب تقدير حصة كل سنة كما لو استأجر سنة لايجب تقدير حصة كل شهر وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين ، ولو آجره شهرا مثلا ، وأطلق فابتداؤه من وقته لأنه المفهوم المتعارف كما فى الروضة ، وظاهره الصحة ولو لم يقل من الآن ، لكن نقل ابن الرفعة عن جزم العراقيين خلافه وقد لايحتاج إلى تقدير المدة كما يأتى فى سواد العراق ، وليس مثله إيجار وكيل بيت المال أراضيه لبناء أو زرع من غير تقدير مدة بل هو باطل ، إذ لا مصلحة كلية يغتفر لأجلها ذلك ، وكاستئجار الإمام من بيت المال للأذان أو الذمى للجهاد ، وكالاستئجار للعلو للبناء أو إجراء الماء ، وسيأتى أن الولىّ لايؤجر المولى عليه أو ماله إلا مدة لايبلغ فيها بالسن وإلا بطلت فى الزائد ، ومر أن الراهن يمتنع عليه إجارة المرهون لغير المرتهن إلا مدة لاتجاوز حلول الدين ، ونقل البدر ابن جماعة عن المحققين امتناع إجارة الإقطاع أكثر من سنة ، وبحث البلقينى فى منذور عتقه بعد شفاء مريضه بسنة أنه لايجوز إيجاره أكثر منها لئلا يؤدى إلى دوامها عليه بعد عتقه لما يأتى أنها لاتنفسخ بطروّ العتق ، وفى كل منهما نظر ظاهر ، والأوجه فيهما صحة الإجارة فيما زاد على السنة فإذا سقط حقه من الإقطاع فى الأولى بطلت وإذا عتق فى الثانية فكذلك لاسيما وقد يتأخر الشفاء عن مدة الإجارة (وفى قول لايزاد) فيها (على سنة) مطلقا لأن الحاجة تندفع بها ، وما زعمه السرخسى من أنه المذهب فى الوقف شاذ بل قيل إنه غلط (وفى قول) لاتزاد على (ثلاثين) سنة لأن الغالب تغير الأشياء بعدها ورد بأن ذكرها فى النصّ للتمثيل (وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) الأمين لأنها ملكه ، فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد العقد كما لو شرط على مشتر أن لايبيع

أى مما تكون المصلحة فيه لعين الوقف لا للموقوف عليهم اهـ سم على حج (قوله وبمقتضى إطلاق الشيخين) أى المذكور فى قوله طلقا كان أو وقفا المفهوم من إطلاق المتن ، والمراد صحته حيث اقتضت المصلحة ذلك (قوله فابتداؤه من وقته) أى العقد (قوله أكثر من سنة) المعتمد أنه يجوز إيجار الإقطاع مدة يبقى فيها غالبا وإن احتمل رجوع السلطان فيه قبل فراغ مدة الإجارة أو لم يعلم بقاء المؤجر تلك المدة لأنه يستحق فى الحال والأصل البقاء ، فإن رجع السلطان أو مات المؤجر قبل فراغ المدة انفسخت فى الباقى ويؤيد ذلك إيجار البطن الأول ، فإنه يحكم بصحته وملكهم جميع الأجرة وجواز تصرفهم فيها وإن لم يعلم بقاؤهم تلك المدة ، فإن ماتوا قبل فراغها انفسخت فى الباقى اهـ سم على حج . ومن ذلك الأرض المرصدة على المدرس والإمام ونحوهما إذا كان النظر له وأجر مدة ومات قبل تمامها فإنها تنفسخ الإجارة (قوله وإذا عتق فى الثانية الخ) لايقال : بطلان الإجارة بعد العتق ينافيه ما سيأتى من أن الإجارة لاتبطل بعتق العبد . لأنا نقول : ذاك محله إذا لم يتقدم سبب العتق على الإجارة وإلا فتبطل كما لو علق عتق العبد بصفة ثم أجره ثم وجدت الصفة فإنه يعتق وتبطل الإجارة كما سيأتى فى شرح قول المصنف ولو أجر عبده الخ ، وما هنا من ذلك لتقدم النذر على الإجارة (قوله لاسيما) أى حيث كان الإيجار قبل شفاء المريض . أما لو كان بعده فلا يتأتى هذا التوجيه (قوله وما زعمه السرخسى) بفتحتين وسكون المعجمة ومهملة نسبة إلى سرخس مدينة بخراسان اهـ لب للسيوطى (قوله بنفسه وبغيره) أى حيث كان مثله أو دونه أخذا من قوله . فيركب الخ (قوله فسد العقد) أى وأما لو شرط المستأجر على نفسه أنه يستوفيها بنفسه فيأتى فيه ما مر عند قوله على

(قوله فى منذور عتقه) أى بأن نذر أن يعتقه إذا مضت سنة بعد شفاء المريض (قوله والأوجه فيهما صحة الإجارة) أى سواء أكان إقطاع تمليك أو إرفاق كما سيأتى (قوله وإذا عتق فى الثانية الخ) قال سم : ويفارق

(فيركب ويسكن) ويلبس (مثله) فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة (ولا يسكن حدّادا ولا قصارا) حيث لم يكن هو كذلك لزيادة الضرر . قال جمع : إلا إذا قال لتسكن من شئت كازرع ماشئت ، ونظر فيه الأذرعى بأن مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الإذن فى الاضرار . ويردّ بأن الأصل خلافه ، ولا يجوز إبدال ركوب بحمل وحديد بقطن وقصار بحداد والعكوس وإن قال أهل الخبرة لايتفاوت الضرر (وما يستوفى منه كدار ودابة معينة) قيد فى الدابة فقط لما مر أن الدار لاتكون إلا معينة (لايبدل) أى لايجوز إبداله لكونه معقودا عليه ، ولهذا انفسخ العقد بتلفهما وثبت الخيار بعيبهما . أما فى إجارة الذمة فيبدل وجوبا لتلف أو عيب ويجوز عند عدمهما لكن برضا المكترى لأنه بالقبض اختص به كما مر (وما يستوفى به كثوب وصبى عين) الأوّل (للخياطة و) الثانى لفعل (الإرضاع) بأن التزم فى ذمته خياطة أو إرضاع موصوف ثم عين ، وأفرد المصنف الضمير لأن القصد التوسيع فسقط القول بأن إيقاع ضمير المفرد موقع ضمير المثنى شاذ (يجوز إبداله) بمثله (فى الأصح) وإن امتنع الأجير لأنه طريق للاستيفاء لامعقود عليه فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل . والثانى المنع كالمستوفى منه وعزى للأكثرين والأصح الأوّل . ومحل الخلاف فى إبداله بلا معاوضة وإلا جاز قطعا كما يجوز لمستأجر دابة أن يعاوض عنها كسكنى دار ، أما لو استأجر دابة لحمل معين فيجوز إبداله بمثله قطعا ، ولو أبدل المستوفى فيه كطريق بمثلها مسافة وسهولة وحزنا وأمنا جاز بشرط أن لايختلف محل التسليم ، إذ لابد من بيان موضعه كما نقله القمولى ، واعتمده لتصريح الأكثرين بأنه لو اكترى دابة ليركبها إلى محل ليس له ردها بل يسلمها ثم لوكيل المالك ثم الحاكم ثم الأمين ، فإن لم يجده ردها للضرورة ، وحينئذ

أن تسكنها وحدك (قوله بأن الأصل خلافه) أى فيسكنهما حينئذ ، لكن فى حاشية شيخنا الزيادى مانصه : قوله لزيادة الضرر بدفعهما : أى ولو قال له وتسكن من شئت خلافا للجرجانى وغيره اهـ . ويؤيد ما قاله شيخنا الزيادى مامر من أنه لو قال له لتزرع ما شئت زرع ماشاء مما جرت به عادة ذلك المحل لا مطلقا (قوله لايتفاوت الضرر) بل وقضية ذلك أن مثله مالو كان الضرر المأتى به أخف من المسمى فى العقد لاختلاف الجنس (قوله بأن التزم فى ذمته) قضيته أنه لو كان الثوب أو الصبى معينين فى العقد لايجوز إبدالهما ، والظاهر أنه غير مراد وأنه إنما قيد به لبيان محل الخلاف كما يؤخذ من قوله الآتى أما لو استأجر لحمل معين فيجوز إبداله الخ ، ثم رأيت فى الخطيب مايصرح بما قلناه وعبارته : تنبيه : قول المصنف عين أشار به إلى مانقلاه عن الشيخ أبى علىّ وأقرّاه أن محل الخلاف إذا التزم فى ذمته خياطة ثوب معين أو حمل متاع معين . أما لو استأجر دابة معينة لركوب أو حمل متاع فلا خلاف فى جواز إبدال الراكب والمتاع اهـ (قوله وأفرد المصنف الضمير) أى فى قوله عين (قوله وإلا جاز) أى بأن كان بلفظ يدل على التعويض كقوله عوّضتك كذا عن كذا (قوله فإن لم يجده) أى واحدا منهم (قوله ردّها للضرورة) أى ولا يجوز له ركوبها مالم يعسر سوقها من غير ركوب فيركبها ولا أجرة عليه ، وهل

ما يأتى فيما لو أجر عبده ثم أعتقه أنه تستمر الإجارة بتقدم سبب العتق هنا على الإجارة بخلافه ثم (قوله لتصريح الأكثرين الخ) كلام الأكثرين شاهد على القمولى لا شاهد له ومن ثم جعله فى التحفة ردا عليه ، وعبارته عقب كلام القمولى نصها : وردّ بقول الروضة لو استأجر دابة ليركبها إلى موضع فعن صاحب التقريب له ردّها إلى المحل الذى سار منه إن لم ينهه صاحبها ، وقال الأكثرون : ليس له ردّها الخ . ووجه شهادته على القمولى أنه لو وجب ذكر محل التسليم لم يتأتّ الخلاف بين صاحب التقريب والأكثرين ، فلعله سقط من الكتبة من نسخ الشارح لفظ وهو مردود أو نحوه عقب كلام القمولى . ويدل على ذلك قوله الآتى وحينئذ فيحمل القول بوجوب الخ .

فيحمل القول بوجوب تعيين محل التسليم على ما إذا كان مقصده غير صالح لذلك بدليل قولهم إنه يسلمها لحاكم وإلا فأمين . وحاصل مامر أنه يجوز إبدال المستوفى كالراكب والمستوفى به كالمحمول والمستوفى فيه كالطريق بمثلها ودونها مالم يشرط عدم الإبدال فى الأخيرين ، بخلافه فى الأول لأنه يفسد العقد كما مرّ ، ومحل جوازه فيهما إن عينا فى العقد أو بعده وبقيا ، فلو عينا بعده ثم تلف وجب الإبدال برضا المكترى أو عينا فيه ثم تلفا انفسخ العقد لا المستوفى منه بتفصيله المار ، ويعتبر فى الاستيفاء العرف ، فما استأجره للبس المطلق لايلبسه وقت النوم ليلا وإن اطردت عادتهم بخلافه على ما اقتضاه كلامهم بخلاف ماعداه ولو وقت النوم نهارا ، ويلزمه نزع الأعلى فى غير وقت التجمل أما الإزار فلا يلزمه نزعه كما قاله ابن المقرى فى شرح إرشاده ، ولو استأجر إزارا فله الارتداء به لاعكسه أو قميصا منع من الائتزار به وله التعميم أو للبس ثلاثة أيام دخلت الليالى أو يوما وأطلق فمن وقت العقد إلى مثله ، أو يوما كاملا فمن الفجر إلى الغروب ، أو نهارا فمن طلوع الفجر إلى الغروب فى أوجه الوجهين ، وصورة ذلك فى إجارة العين أن يؤجرها من أوّل المدة المذكورة (ويد المكترى على الدابة والثوب) ونحوهما (يد أمانة) فيأتى فيه ما سيأتى فى الوديع (مدة الإجارة) إن قدرت بزمن أو مدة إمكان استيفاء المنفعة إن قدرت بمحل عمل لعدم إمكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده ، وبه فارق كون يده يد ضمان على ظرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفاؤها حيث شاء . وظاهره عدم الفرق بين إجارة العين وهو ظاهر والذمة وهو محتمل . نعم سفره بها بعد المدة كسفر الوديع فيما يظهر أخذا مما مرّ (وكذا بعدها فى الأصح) إن لم يستعملها استصحابا لما كان ولأنه لايلزمه سوى التخلية لا الرد ولا مؤنته ، بل لو شرط عليه أحدهما فسدت ، وما رجحه السبكى من أنها كالأمانة الشرعية فعليه إعلام مالكها بها أو ردّها فورا وإلا ضمنها غير معوّل عليه لظهور الفرق بأن هذا وضع يده عليه بإذن مالكه ابتداء بخلاف ذى الأمانة الشرعية ، ومقابل الأصح يضمن لأن الإذن فى الإمساك كان مقيدا بالعقد وقد زال ولأنه أخذه لمصلحة نفسه فأشبه المستعير ، وعلى الأوّل الأصح لايلزم المكترى إعلام المكرى بتفريغ

مثل عسر سوقها عدم لياقة المشى بالمستأجر كما قالوه فى الرد بالعيب حيث جوّزوا له الركوب حالة الرد أولا ويفرق ؟ فيه نظر والأقرب الثانى ، ويفرق بأنه فى صورة الرد بالعيب العين باقية على ملكه والركوب مضطرا إليه للوصول لحقه من الرد ، بخلافه هنا فإن المدة انقضت وواجبه التخلى لا الرد (قوله فى الأخيرين) وعلى هذا لو شرط عدم إبدال ما استؤجر لحمله فتلف فى الطريق فينبغى انفساخ العقد فيما بقى ، ويحمل قوله قبيل الفصل ، وخرج بقوله ليوكل ماحمل ليوصل فيبدل قطعا على ما إذا لم يشرط عدم الإبدال (قوله لأنه يفسد العقد كما مر) وفى نسخة ومحل جوازه فيهما إن عينا فى العقد أو بعده وبقيا ، فلو عينا بعده ثم تلف وجب الإبدال برضا المكترى أو عينا فيه ثم تلفا انفسخ العقد لا المستوفى منه بتفصيله المار اه . وكتب عليه سم مانصه : وقد كان تبع م ر الشارح فى قوله ومحل قوله ثم تلفا انفسخ العقد ثم ضرب عليه اه (قوله وإن اطردت عادتهم بخلافه) عبارة الزيادى : قال الرافعى عملا بالعادة ، ويؤخذ منه أنه له كان بمحل لايعتاد أهله ذلك لم يلزمه نزعه مطلقا اه حج . ولعله فى غير شرح المنهاج (قوله من أول المدة المذكورة) أى وإلا لم تصح الإجارة لعدم اتصال المنفعة بالعقد (قوله لتمحض قبضه لغرض نفسه) أى فيضمنه إذا تلف لكنه يشكل الضمان بما قيل من أن كوز السقاء غير مضمون على مريد الشرب بعوض لأنه مقبوض بالإجارة الفاسدة ، بخلاف مالو أراد الشرب منه بلا عوض برضا المالك فإنه مقبوض بالعارية الفاسدة فيضمنه دون مافيه ، إلا أن يفرق بأن ذاك جرت العادة بالانتفاع به من ظرفه بخلاف ماهنا ، وينبغى أن يقال مثل ذلك فى كل ماجرت العادة بالانتفاع به من ظرفه كأوانى الطباخ (قوله ويجوز السفر) وقضية الجواز أن الدابة لو تلفت فى الطريق بلا تقصير لم يضمنها (قوله وظاهره عدم الفرق) معتمد (قوله كسفر الوديع)

العين كما هومقتضى كلامهم ، بل الشرط أن لايستعملها ولا يحبسها وإن لم يطلبها ، فلو أغلق الدار أو الحانوت بعد تفريغه لزمته الأجرة فيما يظهر ، فقد صرح البغوى بأنه لو استأجر حانوتا شهرا فأغلق بابه وغاب شهرين لزمه المسمى للشهر الأول وأجرة المثل للشهر الثانى . قال : وقد رأيت الشيخ القفال قال : لو استأجر دابة يوما فإذا بقيت عنده ولم ينتفع بها ولا حبسها عن مالكها لايلزمه أجرة المثل لليوم الثانى لأن الرد ليس واجبا عليه وإنما عليه التخلية إذا طلب مالكها ، بخلاف الحانوت لأنه فى حبسه وعلقته وتسليم الحانوت والدار لايكون إلا بتسليم المفتاح اه . وما قاله ظاهر حتى فى الحانوت والدار لأن غلقهما مستصحب لما قبل انقضاء المدة فى الحيلولة بينه وبين المالك فلا يعارضه جزم الأنوار بأن مجرد غلق باب الدار لايكون غصبا لها لوضوح الفرق ، ودعوى تقصير المالك بعدم وضع يده على ذلك عقب المدة وأن المكترى محسن بالغلق لصونه به عن مفسدة ممنوعة بأن التقصير من المكترى حيث حال بين المالك وبين ملكه بغلقه ولم يبادر بعرض الأمر على المالك أو من يقوم مقامه شرعا . وعلم مما قررناه أن الغلق مع حضوره فهو مع غيبته المصرح بها فى كلام البغوى وفيما إذا انقضت والإجارة لبناء أو غراس ولم يختر المستأجر القلع يتخير المؤجر بين الثلاثة السابقة فى العارية مالم يوقف وإلا ففيما سوى التملك بالقيمة ، ولو استعمل بعد المدة العين المكتراة فى نحو اللبس لدفع الدود كما يعلم مما يأتى فى الوديعة لزمه أجرة المثل من نقد البلد الغالب فى تلك المدة ، ولا نظر لما يتجدد بعدها لاستقرار الواجب بمضيها ، إذ وجوب أجرة المثل يستقر قبل طلبها (ولو ربط دابة اكتراها لحمل أو ركوب) مثلا (ولم ينتفع بها) وتلفت فى المدة وبعدها

أى فيضمن حيث لم تدع إليه ضرورة كعروض نهب (قوله لزمته الأجرة) وهذا ظاهر حيث لم تدل القرينة على أن المراد حفظه وإلا فلا أجرة عليه (قوله لوضوح الفرق) وهو أنه ثم لم يسبق له وضع يد على المغصوب حتى يستصحب بخلافه هنا (قوله ولم يبادر بعرض الأمر الخ) أى فتلزمه الأجرة (قوله والإجارة لبناء أو غراس) ولو فرغت مدة الإجارة للدار واستمرت أمتعة المستأجر فيها ولم يطالبه المالك بالتفريغ ولم يغلقها لم يضمن أجرة وضع الأمتعة بعده لأنه لم يحدث منه بعد المدة شىء والأمتعة وضعها بإذن فيستصحب إلى أن يطالب المالك ، بخلاف ما لو أغلقها فيضمن أجرتها : أعنى الدار مدة الغلق لأنه حال بينها وبين مالكها بالغلق ، وبخلاف مالو مكث فيها بنفسه بعد المدة ولو باستصحاب ملكه السابق على مضى المدة لأنه مستول عليها ، بخلاف مجرد بقاء الأمتعة ليس استيلاء كذا قرر ذلك م ر اه سم على حج . وفيه فرع فى الروض : فرع : وإن قدر البناء والغراس بمدة وشرط القلع قلع ولا أرش عليهما ، ولو شرط الإبقاء بعدها أو أطلق صحت ولا أجرة عليه بعد المدة ، وإن رجع فله حكم العارية بعد الرجوع اه . أقول : وقد يتوقف فى صورة الإطلاق فإن العقد عند الإطلاق لايتناول مازاد على المدة المقدرة فبانتهائها انتهت الإجارة وليس ثم شىء يرجع عنه بعدها ، فما معنى قوله وإن رجع الخ ،

(قوله وإن لم يطلبها) هذا خاص بنحو الدار والحانوت بخلاف نحو الدابة كما سيعلم مما يأتى عن القفال ، وفى حاشية الشيخ تقييد هذا بما إذا لم يقصد بغلقها حفظها ، وقد ينافيه ما يأتى فى الشارح عقب كلام القفال فتأمل (قوله فلو أغلق الدار والحانوت الخ) قضيته أنه لو تركهما مفتوحين لم يضمن الأجرة ، وقول القفال الآتى وتسليم الحانوت والدار لايكون إلا بتسليم المفتاح ربما يقتضى خلافه فليراجع (قوله لأن غلقهما مستصحب لما قبل انقضاء المدة الخ) فيه أن كلام القفال ليس فيه غلق بل قوله وتسليم الحانوت والدار لايكون إلا بتسليم المفتاح قد يقتضى أنه لافرق كما مرت الإشارة إليه (قوله ولم يبادر بعرض الأمر على المالك) تقدم أنه غير لازم

(لم يضمنها) إذ يده يد أمانة وتقييده بالربط ليس قيدا فى الحكم بل ليستثنى منه قوله (إلا إن انهدم عليها إصطبل فى وقت) للانتفاع (لو انتفع بها) فيه (لم يصبها الهدم) لنسبته إلى تقصير حينئذ، إذ الغرض انتفاء عذره كما بحثه الأذرعى، وأخذ السبكى من تمثيلهما لما لاينتفع بها فيه بجنح ليل شتاء تقييد ذلك بما إذا اعتيد الانتفاع بها فى ذلك الوقت، لأن الربط لايكون سببا للتلف إلا حينئذ، والأوجه أن الحاصل بالربط ضمان جناية لايد فلا ضمان عليه لو لم تتلف بذلك خلافا لما رجحه السبكى وتبعه الزركشى ؛ ولو اكتراها ليركبها اليومَ ويرجع غدا فأقامه بها ورجع فى الثالث ضمنها فيه فقط لاستعماله لها فيه تعديا . ولو اكترى قنا لعمل معلوم ولم يبين موضعه فذهب به من بلد العقد إلى آخر فأبق ضمنه مع الأجرة أيضا (ولو تلف المال فى يد أجير بلا تعدّ كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه) بفتح أوله كما بخطه مصدرا (لم يضمن إن لم ينفرد باليد بأن قعد المستأجر معه) يعنى كان بحضرته (أو أحضره منزله) ولو لم يقعد معه أوحمل المتاع ومشى خلفه لثبوت يد المالك عليه حكما ؛ وما نقل عن قضية كلامهم أنه لايد للأجير عليه يظهر حمله على أنه لا يد له عليه مستقلة (وكذا إن انفرد) باليد بأن انتفى ماذكر فلا يضمن أيضا (فى أظهر الأقوال) لأنه إنما أثبت يده لغرضه وغرض المالك فهو شبيه بالمستأجر وعامل القراض فإنهما لايضمنان

اللهم إلا أن يقال : مراده بالإطلاق الاقتصار على شرط الإبقاء من غير تعرض إلى كونه بعد انقضاء المدة (قوله لو انتفع بها الخ) هذا التفصيل المذكور فى الدابة ينبغى جريانه فى غيرها كثوب استأجره للبسه ، فإذا ترك لبسه وتلف أو غصب فى وقت لو لبسه سلم من ذلك ضمنه فليتأمل اه سم على حج (قوله كما بحثه الأذرعى) أى فى الخوف أخذا من كلام الإمام اه سم . ويلحق به نحو المطر والوحل المانعين من الركوب عادة ، وينبغى أن مثله مرض الدابة المانع من الانتفاع بها ، وهل مثله مرض الراكب العارض له أولا لإمكان الاستنابة من مرضه ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول ، ثم رأيته صرح به فى شرح الروض (قوله بجنح ليل) الجنح بضم الجيم وكسرها طائفة منه اه مختار (قوله ضمنها فيه) أى ضمان يد أخذا من قوله لاستعماله الخ ، وعليه أجرة مثل اليوم الثالث ، وأما الثانى فيستقر فيه المسمى لتمكنه من الانتفاع فيه مع كون الدابة فى يده ، والكلام فيما إذا تأخر لا لنحو خوف وإلا فلا ضمان عليه ولا أجرة لليوم الثالث لأن الثانى لايحسب عليه كما تقدم (قوله فأبق ضمنه) هذا قد يشكل على مامر من جواز السفر بالعين حيث لاخطر ، فإن مقتضاه عدم الضمان بتلفها فى السفر إلا أن يصوّر ماهنا بما لو استأجر القن لعمل لايكون السفر طريقا لاستيفائه كالخياطة دون الخدمة ، ومامر بما إذا استؤجرت العين لعمل يكون السفر من طرق استيفائه كالركوب والحمل فليراجع (قوله بفتح أوله) قال فى المصباح : وصبغت الثوب صبغا

(قوله بل ليستثنى منه الخ) قد يقال : يلزم منه مافر منه ثم رأيت الشهاب سم قال : إن حمل الربط على مطلق الإمساك فهذا واضح أو على خصوصه فلا لظهور أن الاستثناء لايتوقف على خصوص الربط اه (قوله إلا إن انهدم) قال الشهاب المذكور : أو غصبت أو سرقت مثلا كما هو ظاهر ثم قال : تنبيه : هذا التفصيل المذكور فى الدابة ينبغى جريانه فى غيرها كثوب استأجره للبسه ، فإذا ترك لبسه وتلف أو غصب فى وقت لو لبسه سلم من ذلك ضمنه فليتأمل اه . (قوله فأبق ضمنه مع الأجرة) قال الشهاب المذكور : إن كان الذهاب به إلى البلد الآخر سائغا أشكل الضمان ، أو ممتنعا خالف قوله فيما تقدم : أى فى شرح قول المتن ويد المكترى يد أمانة الخ ، وله السفر بالعين المستأجرة حيث لاخطر فى السفر ، قال : إلا أن يختار الأول ، ويحمل على مالو كان فى الذهاب خطر أو وجد منه تفريط ، ثم نظر فيه بأنه مع الخطر ينبغى الضمان ولو بدون إباق ومع التفريط ينبغى الضمان ولو بدون ذهاب ، وذكر أنه

بالإجماع ، والقول الثانى يضمن كالمستعير (والثالث يضمن) الأجير (المشترك) بين الناس بقيمته يوم التلف (وهو من التزم عملا فى ذمته) كخياطة سمى بذلك لأنه يمكنه التزام عمل على آخر وهكذا (لا المنفرد وهو من أجر نفسه) أى عينه (مدة معينة لعمل) أو أجر عينه وقدّر بالعمل لاختصاص منافع هذا بالمستأجر فكان كالوكيل بخلاف الأوّل ، ولا تجرى هذه الأقوال فى أجير لحفظ حانوت مثلا إذا أخذ غيره مافيها فلا يضمنه قطعا ، قال القفال : لأنه لم يسلم إليه المتاع ، وإنما هو بمنزلة حارس سكة سرق بعض بيوتها . قال الزركشى : ويعلم منه أن الخفراء لاضمان عليهم ، وهى مسئلة يعز النقل فيها ، وخرج بقوله بلا تعدّ مالو تعدى كأن استأجره ليرعى دابته فأعطاها آخر يرعاها فيضمنها كل منهما والقرار على من تلفت تحت يده كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى : أى حيث كان عالما ، وإلا فالقرار على الأوّل ، وكأن أسرف خباز فى الوقود أو مات المتعلم من ضرب المعلم فإنه يضمن ويصدق أجير فى نفى تعديه مالم يشهد خبيران بخلافه (ولو) عمل لغيره عملا بإذنه كأن (دفع ثوبا إلى قصار ليقصره أو) إلى (خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر) أحدهما (أجرة) ولا مايفهمها (فلا أجرة له) لتبرعه ولأنه لو قال أسكنى دارك شهرا فأسكنه لم يستحق عليه أجرة بالإجماع كما فى البحر ، والأوجه كما بحثه الأذرعى وجوبها فى قن ومحجور سفه لأنهما غير أهل للتبرع ، ومثلهما غير المكلف بالأولى (وقيل له) أجرة مثله لاستهلاكه منفعته (وقيل إن

من بابى نفع وقتل وفى لغة من باب ضرب (قوله ويعلم منه أن الخفراء الخ) ويؤخذ من فرض ذلك فى البيوت ونحوها ومن التعليل المذكور أن خفير الجرن وخفير الغيط ونحوها عليهم الضمان حيث قصروا ، وينبغى أن مثل خفير البيوت خفير المراكب للتعليل المذكور ، ومعلوم أنهما إذا اختلفا فى مقدار الضائع صدق الخفير لأنه الغارم ، وأن الكلام كله إذا وقعت إجارة صحيحة وإلا فلا ضمان عليهم ظاهره وإن قصروا ، وفى حاشية شيخنا الزيادى خلافه فى التقصير (قوله والقرار على من تلفت تحت يده) والكلام كله حيث كان الراعى بالغا عاقلا رشيدا ، أما لو كان صبيا أو سفيها فلا ضمان ، وإن قصر حتى تلفت بخلاف ما لو أتلفها فإنه يضمن لأنه لم يؤذن له فى الإتلاف (قوله أو مات المتعلم من ضرب المعلم) وإن كان مثله معتادا للتعليم لكن يشكل وصفه حينئذ بالتعدى ، وقد يجاب عنه بما يأتى من أن التأديب كان ممكنا بالقول وظن عدم إفادته إنما يفيد الإقدام ، وإذا مات تبين أنه متعدّ به (قوله مالم يشهد خبيران بخلافه) أى بالفعل الذى فعله المستأجر وهل يتعين مثله للتأديب أو يكفى ماهو دونه ومفهومه أنه لايكفى رجل وامرأتان ولا رجل ويمين ، وهو ظاهر لأن الفعل الذى وقع التنازع فيه ليس مالا وإن ترتب عليه الضمان (قوله ولا مايفهمها) أى ولم يذكر مايفهمها فلا يقال القرينة دالة على الأجرة (قوله فلا أجرة له) نقل بالدرس عن ابن العماد ببعض الهوامش أن مثل ذلك فى عدم لزوم شىء مالو دخل على طباخ وقال له أطعمنى رطلا من لحم فأطعمه لأنه لم يذكر فيه الثمن والبيع صح أو فسد يعتبر فيه ذكر الثمن . أقول : وقد يتوقف فيما لو قصد الطباخ بدفعه أخذ العوض سيما وقرينة الحال تدل على ذلك. فالأقرب أنه يلزمه بدله ويصدّق فى القدر المتلف لأنه غارم والقول قوله (قوله ولأنه لو قال أسكنى دارك الخ) ومثل ذلك ماجرت به العادة من أنه يتفق أن إنسانا يتزوّج امرأة ويسكن بها فى بيت أهلها مدة ولم تجر بينهما تسمية أجرة ولا مايقوم مقام التسمية لكن قول الشارح أسكنى دارك شهرا الخ يفهم وجوب الأجرة فى هذه الصورة ، وهو ظاهر لأن الزوج استوفى

بحث فيه مع الشارح فحمله على ما إذا وقع تفريط ، قال : وقد علم مافيه. فليتأمل اه (قوله ولو عمل لغيره عملا بإذنه) قيد بالإذن للخلاف (قوله والأوجه كما بحثه الأذرعى) أى فى كلام المصنف

كان معروفا بذلك العمل) بالأجرة (فله) أجرة مثله (وإلا فلا ، وقد يستحسن) ترجيحه لوضوح مدركه ، إذ هو العرف وهو يقوم مقام اللفظ كثيرا ، ونقل عن الأكثرين والمعتمد الأول ، فإن ذكر أجرة استحقها قطعا إن صح العقد وإلا فأجرة المثل ، وأما إذا عرّض بها كأرضيك أو لا أخيبك أو ترى ما تحبه ، أو يسرك أو أطعمك فتجب أجرة المثل . نعم فى الأخيرة يحسب على الأجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر ، لأنه لا تبرع من المطعم وقد تجب من غير تسمية ولا تعريض بها كما فى عامل الزكاة اكتفاء بثبوتها بالنص فكأنها مسماة شرعا وكعامل مساقاة عمل ما ليس بلازم له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له فى الجملة لا قاسم بأمر الحاكم فلا شراء له كما أفاده الشيخ بل هو كغيره خلافا لجمع ، ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلا من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه ، وسواء فى ذلك أسير السفينة بعلم مالكها أم لا ، وقول ابن الرفعة فى المطلب لعله فيما إذا لم يعلم به مالكها حين سيرها وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالكها فإنه لا أجرة على مالكه ولا ضمان مردود ، فقد فرق العراقى بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التى هو فيها ولو لم يسير ، بخلاف واضع متاعه على الدابة لايصير غاصبا لها بمجرد وضع متاعه . ويفرق أيضا بأن مجرد العلم لايسقط الأجرة ولا الضمان ، فإن السكوت على إتلاف المال لايسقط الضمان وهو علم وزيادة ومالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه فى راكب السفينة (ولو تعدى المستأجر) فى ذات العين المستأجرة (بأن) أى كأن (ضرب الدابة أو كبحها) بموحدة فمهملة : أى جذبها بلجامها (فوق العادة) فيهما أى بالنسبة لمثل تلك الدابة كما لايخفى (أو أركبها أثقل منه أو أسكن حدادا أو قصارا) دق وهما أشد ضررا مما استأجر له (ضمن العين) المؤجرة : أى دخلت فى ضمانه لتعديه ، أما ماهو العادة فلا يضمن به وإنما ضمن بضرب

المنفعة بسكناه فى الدار فأشبه مالو دخل الحمام بغير إذن ، وسيأتى أنه تلزمه الأجرة لاستيفائه المنفعة ، ثم رأيت الشارح فى النفقات صرح بوجوب الأجرة وعبارته (١) (قوله فتجب أجرة المثل) بقى مالو أطعمه فى غير الأخيرة وقال أطعمته على قصد حسبانه من الأجرة اهـ سم على حج . أقول : قضية كون العبرة فى أداء الدين بنية الدافع ولو من غير الجنس حسبانه على الأجير (قوله يحسب على الأجير ما أطعمه إياه) أى ويصدق الآكل فى قدر ما أكله لأنه غارم (قوله بخلافه بإذنه) أى فلا أجرة عليه ، ومنه مايقع من المعداوى من قوله انزل أو يحمله وينزله فيها (قوله وسواء فى ذلك أسير السفينة الخ) أى وكذا لو سيرها المالك نفسه علم بالراكب أم لا كما يؤخذ من قوله وقول ابن الرفعة الخ مردود (قوله ولا ضمان) أى بل على مالك الدابة ضمان العين لو تلفت ومفهومه أنه لو كان جاهلا بالمتاع كان الضمان على صاحب المتاع لصاحب الدابة ، وسيأتى مايوافقه فى شرح قول المصنف ولو وزن المؤجر وحمل الخ (قوله وهما أشد ضررا) هذا قد يشكل بما تقدم فى قوله ولا يجوز إبدال ركوب بحمل وحديد بقطن الخ . وقد يجاب بأن ماهنا من جنس مالو استؤجر له وهو السكنى فلا تضر مخالفته له حيث لم يزد ضرره ، بخلاف مامر فإن الإجارة فيه لسكنى من يعمل القصارة أو الحديد فى إسكان غيره مخالفة صريحة (قوله ضمن العين) ضمان المغصوب (قوله أى دخلت فى ضمانه) أى ولو تلفت بغير الاستعمال

(قوله ودقهما أشد ضررا مما استأجر له) كذا فى نسخ الشارح وعبارة التحفة دق وهما أشد ضررا الخ ، وكأنه أشار إلى تقييد الضمان بقيدين الأول وقوع الدق بالفعل كما أشار إليه تبعا للجلال المحلى بقوله دق الذى هو بصيغة الماضى وصفا للحداد والقصار والثانى كون الحداد والقصار أشد ضررا مما استؤجر له . وهذا زاده على ما فى شرح الجلال فلعل قول الشارح ودقهما محرف من الكتبة عن قول التحفة دق وهما . واعلم أن الظاهر أنه لامنافاة بين ماهنا وبين مامر

---

(١) هنا بياض بالأصل . اهـ مصححه .

زوجته لإمكان تأديبها باللفظ وظن توقف إصلاحها على الضرب إنما يبيح الإقدام عليه خاصة ، ومتى أركب أثقل منه استقر الضمان على الثانى إن علم وإلا فالأول . قال فى المهمات : ومحله إذا كانت يد الثانى لاتقتضى ضمانا كالمستأجر ، فإن اقتضته كالمستعير فالقرار عليه مطلقا ، وفارق المستعير من المستأجر بأن المستأجر هنا لما تعدى بإركابه صار كالغاصب ، ويؤيده قولهم لو لم يتعد بأن أركبها مثله فضربها فوق العادة ضمن الثانى فقط وخرج بذات العين منفعتها ، كأن استأجرها لبرّ فزرع ذرة فلا يضمن الأرض لعدم تعديه فى عينها ، بل إنما تعدى فى المنفعة فيلزمه بعد حصدها وانقضاء المدة عند تنازعهما مايختاره المؤجر من أجرة مثل زرع الذرة والمسمى مع بذل زيادة ضرر الذرة ، ولو ارتدف ثالث خلف مكتريين بغير إذنهما ضمن الثالث كما فى الروضة (وكذا) يضمن ولو تلفت بسبب آخر (لو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس) لاجتماعها بسبب ثقلها فى محل واحد وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر فضررها مختلف ، وكذا كل مختلفى الضرر كحديد وقطن (أو) اكترى (لعشرة أقفزة شعير) جمع قفيز مكيال يسع اثنى عشر صاعا (فحمل) عشرة أقفزة (حنطة) لأنها أثقل (دون عكسه) بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيرا من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف (ولو اكترى لـ) حمل (مائة فحمل) بالتشديد (مائة وعشرة لزمه) مع المسمى (أجرة المثل للزيادة) لتعديه بها . وتمثيله بالعشرة لإفادة اغتفار نحو الاثنين مما يقع به التفاوت بين الكيلين عادة (وإن تلفت بذلك) المحمول أو بسبب آخر (ضمنها) ضمان يد (إن لم يكن صاحبها معها) لصيرورته غاصبا لها بحمل الزيادة (فإن كان) صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جناية لاسيما ومالكها

الذى دفعها لأجله (قوله فالقرار عليه مطلقا) علم أولا (قوله وانقضاء المدة) أى ماقبل انقضائها : أما أى بعد انقضائها فللمؤجر تكليفه القلع مجانا لتعديه ، فإن رضى بإبقائها لزمه أجرة المثل (قوله عند تنازعهما) انظر مالو تلفت الأرض بسبب زرع الذرة فصارت لاتنبت شيئا ويتجه الضمان اهـ سم على حج (قوله مايختاره المؤجر) أى فيكون اختياره لأجرة مثل الذرة فسخا للعقد الأول واختيار المسمى إبقاء له والمطالبة بالزيادة لتعدى المستأجر هذا ، وفى شرح الروض مانصه : وإذا اختار أجرة المثل قال الماوردى : فلا بد من فسخ الإجارة ، وتظهر فائدة ماقاله الشارح فيما لو كان المسمى من غير نقد البلد كأن كانت أجرة المثل مائة مثلا والمسمى نحو برّ ، فإن اختار أجرة المثل لزمت المائة من نقد البلد ، وإن اختار المسمى استحقه وضم إليه ما بقى بأجرة المثل من نقد البلد ، ففى المثال لو كان المسمى من نحو البرّ يساوى ثمانين أخذه المؤجر وطالب بعشرين (قوله بغير إذنهما ضمن الثالث) وفى نسخة الثلث بدل الثالث (قوله بغير إذنهما) أى وكذا بإذنهما إن لم يسوغ للمكترين الإعارة لمثل ذلك بأن جرت العادة بركوب الثلاثة على مثل تلك الدابة ، وإلا فلا ضمان لأنه مستعير من المستأجر لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما ، ولو ابتلّ المحمول وثقل بسبب ذلك ثبت للمكرى الخيار لما فيه من الإضرار به وبدابته أخذا مما لو مات

من أن الحداد لايسكن قصارا مطلقا كعكسه إذ مامر فى الجواز وعدمه وما هنا فى دخول العين فى ضمانه فالإسكان المذكور وإن كان ممتنعا مطلقا إلا أن دخول العين فى ضمانه مشروط بهذين الشرطين ، إذ لاتلازم بين الجواز وعدمه والضمان وعدمه ، هكذا ظهر لى فانظره مع مافى حاشية الشيخ (قوله وفارق المستعير من المستأجر) حق التعبير وإنما ضمن هنا مع أنه مستعير من مستأجر لأن المستأجر لما تعدى الخ (قوله فإن كان صاحبها معها) أى مع

معها (ضمن قسط الزيادة فقط) لاختصاص يده بها ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها فى يد مالكها (وفى قول) يضمن (نصف القيمة) توزيعا على الرؤوس كجرح من واحد وجراحات من آخر ، ورد بتيسير التوزيع هنا بخلافه هناك لاختلاف نكايتها باطنا (ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها) بالتشديد (جاهلا) بالزيادة كأن قال له هى مائة فصدقه (ضمن المكترى) القسط نظير مامر وأجرة الزيادة (على المذهب) إذ المكرى لجهله صار كالآلة له . والطريق الثانى أنه على القولين فى تعارض الغرور والمباشرة فإن كان عالما فكما فى قوله (ولو) وضع المكترى ذلك بظهرها فسيرها المؤجر أو (وزن المؤجر وحمل) بالتشديد (فلا أجرة للزيادة) وإن كان غالطا وعلم بها المستأجر لأنه لم يأذن فى حملها بل له مطالبة المؤجر بردها لمحلها وليس له ردها بدون إذن وإذا تلفت ضمنها ، ولو وزن المؤجر أو كال أو حمل المستأجر فكما لو كال بنفسه إن علم ، وكذا إن جهل كما اقتضاه كلام المتولى (ولا ضمان) على المستأجر (إن تلفت) الدابة لانتفاء اليد والتعدى بالنقل ولو قال له المستأجر احمل هذا الزائد فكمستعير فيضمن القسط من الدابة إن تلفت بغير المحمول دون منفعتها (ولو أعطاه ثوبا ليخيطه) بعد قطعه كما صوره بذلك بعضهم وهو ظاهر (فخاطه قباء وقال أمرتنى بقطعه قباء فقال بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه) فى عدم إذنه له فى قطعه قباء إذ هو المصدق فى أصل الإذن فكذا فى صفته . والثانى يتحالفان ، وانتصر الأسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكلما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله انتهى. وعليه فيبدأ بالمالك كما قالاه نقلا عن ابن كج ، وقال الأسنوى : إنه ممنوع بل بالخياط لأنه بائع المنفعة (ولا أجرة عليه) بعد حلفه إذ لاتجب إلا مع الإذن ، وقد ثبت انتفاؤه بيمينه (وعلى الخياط أرش النقص) لما ثبت من عدم الإذن والأصل الضمان وهو مابين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكى ، ولأن أصل القطع مأذون فيه وإن رجح الأسنوى كابن أبى عصرون ، وجزم به القونوى والبارزى وغيرهما من شراح الحاوى وغيره أنه مابين قيمته صحيحا ومقطوعا لانتفاء الإذن من أصله ، ولا يقدح فى ترجيح الأول عدم الأجرة له إذ لاملازمة بينها وبين الضمان ، وللخياط نزع خيطه وعليه أرش نقص النزع إن حصل كما قاله الماوردى والرويانى ، وله منع المالك من شد خيط فيه يجره فى الدروز مكانه ، ولو قال إن كان هذا يكفينى قميصا فاقطعه فقطعه ولم يكفه ضمن الأرش لأن الشرط لم يحصل ، بخلاف مالو قال هل يكفينى

المستأجر قبل وصوله إلى المحل المعين حيث قالوا فيه لايلزم المؤجر نقله إليه لثقل الميت (قوله لو سخره مع دابته فتلفت) قال فى شرح الروض قبل استعمالها ثم قال : أما بعد استعمالها فهى معارة أخذا مما مر فى العارية اهـ سم على حج . أقول : ولعل المراد أنه باشر استعمالها كأن ركبها . أما لو دفع له متاعا وقال له احمله فحمله عليها فلا ضمان لكونها فى يد مالكها ؛ ثم رأيت الشارح فى باب العارية صرح بذلك فراجعه (قوله كأن قال له) أى أما لو لم يقل له ذلك فإنه يضمن القسط والتعدى بنقل : أى بالنقل من المؤجر للعين المستأجر لحملها (قوله بعد قطعه) أي من الخياط (قوله وعليه) أى الثانى وقوله فيبدأ بالمالك معتمد (قوله إن حصل) أى النقص فى القميص نفسه كأن نقصت قيمته بنزع الخيط عن قيمته قماشا مفصلا بلا خياطة (قوله ضمن الأرش) أى أرش القطع ،

المكترى كما هو فرض المسئلة (قوله لاختصاص يده بهما) الظاهر أن الضمير فى بها للزيادة على حذف مضاف : أى بقسط الزيادة من الدابة إذ الفرض أنه معها كصاحبها كما مر (قوله لأنه لم يأذن فى حملها) تعليل للمتن خاصة (قوله بعد قطعه) متعلق بيخيطه .

فقال نعم فقال اقطع لأن الإذن مطلق ، ولو اختلفا فى الأجرة أو المنفعة أو المدة أو قدر المنفعة أو قدر المستأجر تحالفا وفسخت الإجارة ووجب على المستأجر أجرة المثل لما استوفاه . ويؤخذ من هنا ومن تفصيلهم فى الروضة وغيرها فى المخالفة فى الفسخ المستأجر له ومن قولهم لو استأجره لنسخ كتاب فغير ترتيب أبوابه ، فإن أمكن البناء على بعض المكتوب كأن كتب الباب الأول منفصلا بحيث يبنى عليه استحق بقسطه من الأجرة وإلا فلا شىء له ، إذ من استؤجر لتضريب ثوب بخيوط معدودة وقسمة بينة متساوية فخاطه بأنقص وأوسع فى القسمة لم يستحق شيئا لمخالفته المشروط ، إلا أن يمكن من إتمامه كما شرط وأتمه فيستحق الكل أو من البناء على بعضه فيستحق بالقسط وقد أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى .

(فصل)

فيما يقتضى انفساخ الإجارة والتخيير فى فسخها وعدمهما وما يتبع ذلك

(لاتنفسخ إجارة) عينية أو فى الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين (بعذر) لايوجب خللا فى المعقود عليه (كتعذر وقود) بفتح الواو كما بخطه مايوقد به وبضمها المصدر (حمام) على مستأجره ، ومثله فيما يظهر مالو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله ، كما لو خرب ماحول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج فى السفن وقد اكتراها أو دارا لذلك ، ومن فرق بين ذلك وبين الأول فقد أبعد ومن ثم لم يقل أحد

وهو مابين فيمته صحيحا ومقطوعا (قوله وأوسع) الواو بمعنى أو لأن كلامهما مخالف لما شرط من التساوى .

(فصل)

فيما يقتضى انفساخ الإجارة أى وكامتناع الرضيع من ثدى المرضعة بلا علة تقوم بالثدى

(قوله وبضمها المصدر) هذا بيان للأشهر ، وإلا فقيل بالضم فيهما وقيل بالفتح فيهما (قوله مالو عدم الخ) قال فى المختار : هو من باب طرب وتصح قراءته بالبناء للمجهول (قوله ومن فرق بين ذلك) الإشارة إلى قوله

(فصل) فيما يقتضى انفساخ الإجارة

(قوله وعدمهما) الأولى ومالايقتضيهما إذ ليس فى الفصل بيان شىء يقتضى عدم الانفساخ أو التخيير بل ذلك العدم هو الأصل حتى يوجد مايرفعه (قوله ومن فرق بين ذلك) عبارة التحفة : ومثله على الأوجه مالو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ماحوله كما لو خرب ماحول الدار أو الدكان والفرق بينهما غير صحيح انتهت . فالضمير فى بينهما لمسئلة عدم دخول الناس الحمام الذى قاسها ، ومسئلة خراب ماحول الدار والدكان التى قاس عليهما ، ومراده رد ما فى البحر من أن عدم دخول الناس الحمام المستأجر بسبب فتنة حادثة أو خراب الناحية عيب ، بخلاف الحانوت والدار فإنهما يستأجران للسكنى ، وهى ممكنة على كل حال ، إذا علمت ذلك علمت أن مراد الشارح بالأول فى قوله دون الأول مسئلة عدم دخول الناس الحمام لكن كان حق التعبير مثل ما فى التحفة ، على أن من جملة ماشملته الإشارة فى قول الشارح بين ذلك مسئلة إبطال أمير البلدة التفرج ، وقد علمت أنها ليست فى كلام صاحب الفرق الذى قصد هو الرد عليه ، وما فى حاشية الشيخ من أن مراد الشارح بالأول

فيمن استأجر رحى فعدم الحب لقحط أنه يتخير (و) تعذر (سفر) بفتح الفاء بالدابة المستأجرة لطروّ خوف مثلا وبسكونها جمع سافر: أى رفقة يخرج معهم ولو عطف على تعذر صح والتقدير وكسفر : أى طروّه لمكترى دار مثلا (و) نحو (مرض مستأجر دابة لسفر) ومؤجرها الذى يلزمه الخروج معها لانتفاء الخلل فى المعقود عليه والاستنابة ممكنة . نعم التعذر الشرعى يوجب الانفساخ كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه ، وإمكان عوده لا أثر له لأنه خلاف الأصل ، وكذا الحسى إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير بناء فيهما على ما مرّ من عدم جواز إبدال المستوفى به والأصح خلافه ، فإن أوجب خللا فى المعقود عليه وإن كان إجارة عين وزالت المنفعة بالكلية انفسخت ، وإن عيبه بحيث أثر منفعته تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة ثبت للمكترى الخيار ، وسيذكر أمثلة للنوعين (ولو استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة) كجراد أو سيل (فليس له الفسخ ولا حط شىء من الأجرة) لانتفاء خلل فى منفعة الأرض كما لو احترقت أمتعة مستأجر

ومثله فيما يظهر الخ (قوله فيمن استأجر رحى) أى طاحونا (قوله وبين الأوّل) تعذر الوقود (قوله وتعذر سفر) أشار به إلى عطفه على وقود ، والتقدير أى على عطفه على تعذر : أى بأن كانت إجارة ذمة (قوله جمع سافر) قال فى المصباح : كراكب وركب ، وفى القاموس ورجل سفر وقوم سفر وسافرة وأسفار وسفار ذو سفر لضد الحضر والسافر المسافر لافعل له اه وقوله لافعل له : أى لم يوجد له فعل بهذا المعنى ، فلا يقال سفر بمعنى سافر وإنما يقال سافر فهو مسافر (قوله نعم التعذر الشرعى) هذا ضعيف (قوله كأن استأجر الإمام الخ) ضعيف . وقد يشكل الانفساخ هنا بأن الأصح جواز إبدال المستوفى به ، وكأن هذا المدرك أخر لكون استئجار الذمى للجهاد منوطا بنظر الإمام وظهور المصلحة ، وقد لايتحقق فى جهاد آخر ، ولا يقوم أحد الجهادين مقام الآخر فيها فناسب الانفساخ مطلقا م ر فليتأمل كون هذا من المستوفى به اه سم على حج . أقول : وما نقله عن م ر لايوافق قول الشارح بناء فيهما الخ إلا أن يجعل المقصود ما ذكره من قوله وكأن هذا المذكور أخر الخ . وحاصله حينئذ أنه لايتعين بناء الانفساخ على امتناع إبدال المستوفى به ، ثم ماذكره الشارح من قوله نعم الخ ظاهره أنه استدراك على عدم الانفساخ بعذر يوجب خللا فى المعقود ، وفيه أن المعقود عليه إرضاع المرضعة ولم يقم بها عذر يوجب خللا فيه (قوله فصالح) أى الإمام من أراد التوجه إليهم (قوله بناء فيهما) أى الشرعى والحسى (قوله والأصح خلافه) أى فيهما فلا انفساخ (قوله فإن أوجب) محترز لايوجب الخ (قوله انفسخت) يؤخذ منه جواب ماعمت به البلوى فى غالب قرى مصرنا من أن مايسمونه بالجرافة جرت عادتهم أنهم يأخذون به قطعة من الأرض مع ماهو مزروع فيها فتتعطل بذلك منفعة القطعة التى أخذ ترابها ويتلف الزرع وهو أن الجزء الذى أخذت الجرافة ترابه تنفسخ فيما بقى من مدة الإجارة حيث تعطل الانتفاع به ويثبت للمكترى الخيار فيما بقى من الأرض . وأما الزرع فيضمنه المباشر للإتلاف إن لم يكن مكرها ، وإلا فالضمان على كل من المكره والمكره وقرار الضمان على المكره بالكسر فتنبه له فإنه يقع كثيرا (قوله ولا حط شىء من الأجرة) أى وله أن يزرعها ثانيا زرعا يدرك قبل فراغ المدة فيما

مافى المتن إنما أخذه بمجرد الفهم وهو لايوافق الواقع كما علمت (قوله بفتح الفاء بالدابة المستأجرة لطروّ خوف مثلا) وعلى هذا التفسير يكون قول المصنف ومرض مستأجر دابة لسفر من عطف الخاص على العام إذ هو من جملة تعذر السفر وانظر مانكتته (قوله وكذا الحسى إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام الخ) قد يقال إن هذا أيضا من التعذر الشرعى إذ المانع من المقابلة بعد الصلح إنما هو الشرع وليس هناك مانع حسى فتأمل .

حانوت (وتنفسخ) الإجارة بتلف مستوفى منه عين فى عقدها شرعا كسلمة استؤجرت نفسها مدة لخدمة مسجد فحاضت فيها أو حسا كالموت فتنفسخ (بموت) نحو (الدابة والأجير المعينين) ولو بفعل المستأجر لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها كالمبيع قبل قبضه وإنما استقر بإتلاف المشترى له ثمنه لأنه وارد على العين وبإتلافها صار قابضا لها بخلاف المنفعة هنا لأن الانفساخ إنما هو (فى) الزمان (المستقبل) ومنافعه معدومة لايتصور أن يرد الإتلاف عليها (لا) فى الزمن (الماضى) بعد القبض الذى يقابل بأجرة فلا تنفسخ (فى الأظهر) لاستقراره بالقبض ومن ثم لم يثبت فيه خيار (فيستقر قسطه من المسمى) بالنظر لأجرة المثل بأن تقوّم منفعة المدة الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما وقت العقد دون ما بعده ، فلو كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها وأجرة مثله مثلا أجرة النصف الباقى وجب من المسمى ثلثاه أو بالعكس فثلثه لا على نسبة المدتين لاختلافهما ، إذ قد تزيد أجرة شهر على شهور ، وخرج بالمستوفى منه المستوفى به وغيره مما مرّ فلا انفساخ بتلفه على مامر فيه (ولا تنفسخ) الإجارة بنوعيها (بموت العاقدين) أو أحدهما للزومها كالبيع ، فتبقى العين بعد موت المكرى عند المكترى أو وارثه ليستوفى منها المنفعة ، فإن كانت فى الذمة فما التزمه دين عليه ، فإن كان ثم تركة استؤجر منها وإلا تخير الوارث ، فإن وفى استحق الأجرة وإلا فللمستأجر الفسخ . واستثنى مسائل بعضها الانفساخ فيه لكونه مورد العقد لا لكونه عاقدا كموت الأجير المعين . وبعضها الانفساخ فيه بغير الموت كما لو أجر من أوصى له بمنفعة دار حياته فانفساخها بموته إنما هو لفوات شرط الموصى ، ولو لم يقل بمنافعه وإنما قال أن ينتفع امتنع عليه الإيجار لأنه لم يملكه المنفعة وإنما أباح له أن ينتفع كما يأتى وكأن أجر المقطع كما أفتى به المصنف : أى إقطاع إرفاق لا تمليك ، وبعضها مفرّع على مرجوح

يظهر ، لأنا وإن منعناه من الزراعة ثانيا بعد أوان الحصاد مثلا لكون الزراعة الثانية تضعف قوّة الأرض ، لكنا لا نمنعه هنا لجريان العادة بمثله ولو على ندور فيفرض الأوّل كالعدم ويستأنف زرعها من نوع ما استأجر له أو غيره مما لا يزيد ضرره عليه ، ثم إن تأخر عن مدة الإجارة بقى بأجرة المثل لذلك الزمن ، وليس بما يمتنع زرعه ثانيا ما جرت العادة فيه بتكرر الزرع مرة بعد أخرى كزرعها أوّلا برسيما مثلا ثم ثانيا سمسما مثلا فللمستأجر فعل ذلك (قوله لخدمة مسجد فحاضت) قياس ما يأتى فى غصب الدابة ونحوه تخصيص الانفساخ بمدة الحيض دون مابعدها وثبوت الخيار للمستأجر ، لكن ظاهر إطلاق الشارح الانفساخ فى الجميع ، وبقى مالو خالفت وخصت بنفسها هل تستحق الأجرة أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال إن كانت إجارة ذمة استحقت الأجرة وإن كانت إجارة عين لم تصح (قوله ولو بفعل المستأجر) أى ويكون بإتلاف الدابة ضامنا لقيمتها (قوله لأنه وارد على العين) أى إتلاف المشترى اه سم على حج (قوله وأجرة مثله) أى النصف (قوله لاختلافها) أى الأجرة (قوله إذ قد تزيد أجرة شهر) قضيته أنه لو قسط الأجرة على عدد الشهور كأن قال أجرتكها سنة كل شهر منها بكذا اعتبر ماسماه موزعا على الشهور ولم ينظر لأجرة مثل المدة الماضية ولا المستقبلة وهو ظاهر عملا بما وقع به العقد (قوله على مامرّ فيه) أى من أنه إذا عين كل من المستوفى به أو فيه بعد العقد ثم تلف وجب إبداله وإن لم يتلف جاز إبداله برضا المكترى وإن عين فى العقد ثم تلف انفسخ (قوله أو وارثه) أى ولو عاما ، ومثله مالو لم يكن ثم وارث كأن مات ذمى لا وارث له أو من أجر وهو مسلم ثم ارتد ومات على ردته فماله فىء ، ومنه منفعة العين المستأجرة فيتصرّف فيها وكيل بيت المال (قوله ولو لم يقل) أى الموصى ، وقوله امتنع عليه أى الموصى له (قوله وبعضها مفرّع)

(قوله الذى يقابل) وصف للماضى (قوله بعضها الانفساخ فيه لكونه الخ) غرضه بذلك الاعتراض على من استثنى ماذكر ، وأن استثناءها إنما هو صورى لاحقيقى (قوله وبعضها مفرّع على مرجوح) أى مما لم يذكره

(و) لاتنفسخ أيضا بموت (متولى الوقف) أى ناظره بشرط الواقف ولو بوصف كالأرشد فالأرشد من الموقوف عليهم حيث لم يقيده بما يأتى أو بغير شرطه مستحقا كان أو أجنبيا سواء أجره للمستحقين أم غيرهم لأنه لما شمل نظره جميع الموقوف عليهم ولم يختص بوصف استحقاق ولا زمنه كان بمنزلة ولىّ المحجور عليه . نعم لو كان هو المستحق وأجر بأقل من أجرة المثل وصححناها كما صرح به الإمام وغيره انفسخت بموته فى أثناء المدة كما قاله ابن الرفعة ، وتقدم أنه يجوز للناظر صرف الأجرة المعجلة لأهل البطن الأول ، ولا ضمان عليه لو مات الآخذ قبل انقضاء المدة وانتقل الاستحقاق لغيره ، ولا ضمان على المستأجر بل يرجع أهل البطن الثانى على تركة القابض من وقت موته كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى تبعا لابن الرفعة خلافا للقفال ومن تبعه (ولو آجر البطن الأوّل) مثلا أو بعضهم الوقف وقد شرط النظر له لا مطلقا بل مقيدا بنصيبه أو بمدة استحقاقه (مدة) لمستحق أو غيره (ومات قبل تمامها أو الولى صبيا) أو ماله (مدة لايبلغ فيها بالسن فبلغ) رشيدا (باحتلام) أو غيره (فالأصح انفساخها فى الوقف)

قسيم قوله بعضها الانفساخ فيه الخ (قوله بموت متولى الوقف) أى ثم إن كان قبض الأجرة وتصرف فيها لنفسه رجع على تركته بقسط مابقى وصرف لأرباب الوقف (قوله نعم لو كان هو المستحق) بأن كان الوقف أهليا وانحصر فيه بأن لم يكن فى طبقته غيره من أهل الوقف ، فإن لم ينحصر الوقف فيه وأجر بدون أجرة المثل فهل تصح الإجارة فى قدر نصيبه وتبطل فيما زاد تفريقا للصفقة أو فى الجميع ؟ فيه نظر ، والظاهر الثانى لما تقدم أنه حيث شملت ولايته جميع المستحقين كان كولىّ المحجور عليه فلا يتصرف إلا بالمصلحة فى المال (قوله وصححناها) أى على الراجح أخذا مما سنذكره عن الشارح (قوله انفسخت بموته) عبارة الشارح فى كتاب الوقف بعد قول المصنف وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة الخ مانصها : ومرّ أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز إيجاره بأقل من أجرة مثله ، وعليه فالأوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن يأذن له فى ذلك اهـ . وبقى مالو لم يكن النظر مستحقا وأذن له المستحق أن يؤجر بدون أجرة المثل فهل للناظر ذلك لأن الحق لغيره وقد أذن له فى ذلك أم لا لأنه لايتصرف إلا بالمصلحة وإجارته بدون أجرة المثل ولو بإذن المستحق لا مصلحة فيها للوقف ، فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله قبل انقضاء المدة) أى ولو قطع بذلك (قوله على تركة القابض) أى المستحق (قوله أو بمدة استحقاقه) خرج بذلك مايقع كثيرا فى شروط الواقفين من قولهم وقفت هذا على ذريتى ونسلى وعقبى إلى آخر شروطه ، ويجعلون من ذلك النظر للأرشد فالأرشد فلا تنفسخ الإجارة بموت الناظر المستحق للنظر بمقتضى الوصف المذكور كما تقدم فى قول الشارح بشرط الواقف أو بغير شرطه مالم يكن أجر بدون أجرة المثل كما مرّ (قوله أو غيره) كالحيض (قوله بمدة استحقاقه) قضية هذا التعليل أنه لو خرج عن الاستحقاق بغير الموت كأن شرط النظر

(قوله أو بمدة استحقاقه) وليس منه كما هو ظاهر مالو جعل النظر لزوجته مادامت عزباء ولولده مالم يفسق ، فلا ينفسخ ماأجراه بالتزوّج أو بالفسق كما هو ظاهر خلافا لما فى حاشية الشيخ (قوله فى المتن فالأصح انفساخها فى الوقف) أى ولو كانت الإجارة لضرورة كعمارة كما هو صريح التعليل الآتى ، والإجارة التى لاتنفسخ بموت الناظر إنما هى إجارة الناظر العام لعموم ولايته وهذا الوقف لم يثبت له واقفه ناظرا عاما فناظره العام الحاكم كما هو ظاهر ، كما أنه إذا لم يقم الواقف ناظرا أصلا فإن النظر للحاكم ، وحينئذ فالطريق فى بقاء الإجارة إلى انقضاء المدة أن يؤجر الحاكم بنفسه أو بمن يفوّض إليه ذلك من الموقوف عليهم أو غيرهم ، وإنما نبهت على ذلك لأنى رأيت من العظماء من أفتى بعدم انفساخ الإجارة بموت هذا الناظر فى هذه الصورة إذا كانت إجارته للضرورة فإن قلت : هلا

لأنه لما تقيد نظره من جهة الواقف بمدة استحقاقه لم يكن له ولاية على المنافع المنتقلة لغيره ، وبه فارق الناظر السابق لأنه لما كان له النظر وإن لم يستحق كانت ولايته غير مقيدة بشىء فسرى أثرها على غيره ولو بموته ، وبما تقرر علم أنه لامنافاة بين هذا وما مر من عدم انفساخها بموت متولى الوقف كما أوضح ذلك الوالد رحمه الله تعالى فى فتاويه ، وبه يندفع ما وقع لكثير من الشراح هنا ، وخرج بماذكرناه موقوف عليه لم يشرط له نظر عام ولا خاص فلا يصح إيجاره.وليس فى كلامهما مايخالفه ، وما بحثه الزركشى من أنه لو آجره الناظر ولو حاكما للبطن الثانى فمات البطن الأول انفسخت لانتقال استحقاق المنافع إليهم ، والشخص لا يستحق على نفسه شيئا لعله بناء على ما قاله شيخه الأذرعى تبعا للسبكى وغيره أن من استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن حائز سقط حكم الإجارة ، فإن كان على أبيه دين ضارب مع الغرماء ، ولو كان معه ابن آخر انفسخت الإجارة فى حق المستأجر ورجع بنصف الأجرة فى تركة أبيه ، ورد بأنه مبنى على مرجوح . والأصح عند الشيخين هنا أن الإجارة لا تنفسخ ، وقياسه فى صورة الزركشى عدم الانفساخ (لا) فى (الصبى) فلا تنفسخ لبناء وليه تصرفه على المصلحة مع عدم تقييد نظره ، ومثل بلوغه بالإنزال إفاقة مجنون ورشد سفيه ،

لزوجته مثلا مادامت عازبة أو لابنه إلا أن يفسق فتزوجت المرأة وفسق أن يكون كالموت وهو ظاهر فليتأمل (قوله وبه فارق الناظر السابق) المذكور فى قوله ولا بموت متولى الوقف الخ (قوله لأنه) أى الناظر السابق (قوله ولو بموته) أى مع موته ، وفى نسخة صحيحة بعد موته اه وهى ظاهرة (قوله وليس فى كلامهما مايخالفه) أى بل الذى يؤجره الحاكم أو من ولاه الحاكم ، فلو لم يكن ثم مولى من جهة الحاكم وأراد المستحق الإيجار فطريقه أن يرفع الأمر إلى الحاكم ويسأله التولية على الوقف ليصح إيجاره وعلى هذا لو خشى من الرفع إلى الحاكم تغريم دراهم لها وقع أو تولية غير المستحق ممن يحصل منه ضرر للوقف فينبغى أن تصح الإجارة من المستحق للضرورة فليراجع (قوله ضارب) أى بالأجرة (قوله ورجع) أى المستأجر (قوله ورشد سفيه) أى فلا تنفسخ بهما الإجارة وهو ظاهر إن كان جنونه مطبقا ، فإن كان متقطعا وأجره فى زمن جنونه مدة تزيد على مدة الجنون الذى وقع فيه العقد فهل تبطل فيما زاد على تلك المدة قياسا على مالو أجر الصبى مدة تزيد على بلوغه بالسن أولا ، وعلى الثانى فهل تنفسخ بإفاقته أو لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول ويوجه بأن الأصل استمرار العادة ، وعليه فلو خولفت

تثبت له هذه الولاية للضرورة كما تثبت للضرورة ولاية إجارة المدة الطويلة وإن لم يثبتها الواقف ؟ قلت : الفرق أن الناظر ولايته على الغير ثابتة بقول الواقف أو الحاكم وإن كان تصرفه مشروطا بشرط وشروط الواقفين عهد مخالفتها للضرورة ، فإذا وجدت الضرورة جاز التصرف على خلاف الشرط بالولاية الثابتة من جهة الواقف أو الحاكم وأما هذا فلم يثبت له الواقف ولاية على غيره أصلا ، والضرورة بمجردها لا تصلح أن تثبت له ولاية لم يثبتها له الواقف ولا الحاكم . نعم هو كالناظر العام فى أن الضرورة تجوز له مخالفة شرط الواقف فى المدة لكن يتقيد بقاؤها بمدة استحقاقه ، فإذا رجع الاستحقاق إلى غيره انفسخت إجارته لعدم ولايته على الغير كما عرفت ، لكن يبقى الكلام فيما إذا انفسخت على من يرجع المستأجر بقسط ما بقى من المدة من الأجرة ، والذى يظهر أنه يرجع على جهة الوقف لأن ما أخذ منه لمصلحة عمارة الوقف فصار كالمأخوذ لذلك بالفرض فليحرر ذلك (قوله لأنه لما تقيد نظره من جهة الواقف بمدة استحقاقه) أى ولو التزاما ليشمل ما إذا كان نظره على قدر حصته (قوله وما بحثه الزركشى الخ) من فوائد الخلاف إرث المنفعة عن المستأجر وعدمه

أما إذا بلغ بالاحتلام سفيها فلا تنفسخ جزما ، وأما إذا أجره مدة يبلغ فيها بالسن فتبطل فى الزائد إن بلغ رشيدا ، ومثل البلوغ بالاحتلام الحيض فى الأنثى ، ولو أجر الولى مال موليه مدة معلومة ثم مات المالك فى أثنائه بطلت فيما بقى من المدة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، لأن ولايته مقصورة على مدة ملك موليه ولا ولاية له على من انتقل ملكها إليه ولا نيابة فأشبه انفساخ إجارة البطن الأول بموته ، وإجارة أم ولده بموته والمعلق عتقه بصفة بوجودها ، وما قاله البندنيجي من أنه لو مات فى أثناء المدة بطلت الإجارة فى نفسه دون ماله مفرع على رأى مرجوح فى مسئلة البلوغ بالاحتلام أن الإجارة تستمر فى ماله ولا تستمر فى نفسه (و) الأصح (أنها تنفسخ بانهدام الدار) كلها ولو بفعل المكترى لزوال الاسم وفوات المنفعة قبل الاستيلاء عليها إذ لا تحصل إلا شيئا فشيئا ، وإنما

العادة واستمر الجنون كان كما لو بلغ الصبى غير رشيد فتدوم الإجارة إن لم تنقض المدة التى ذكرت فى الإجارة قبل الإفاقة (قوله إن بلغ رشيدا) عبارة شرح الروض : ثم إن بلغ سفيها لم تبطل لبقاء الولاية عليه ، ويؤخذ مما ذكره كأصله أن الصبىّ لو غاب مدة يبلغ فيها بالسن ولم يعلم وليه أبلغ رشيدا أم لا لم يكن له التصرف فى ماله استصحابا لحكم الصغر وإنما يتصرف الحاكم ، ذكره الأسنوى اه . والمعتمد خلافه إذ لا ترتفع ولاية الولى بمجرد بلوغه ، بل بالبلوغ رشيدا ولم يعلم مر اه سم على حج. أقول : قضيته أنه لو علم بلوغه رشيدا بأن ثبت ذلك ببينة الانفساخ حين البلوغ ، وهو ظاهر لأن العبرة فى الشروط بما فى نفس الأمر وقد بان عدم ولايته عليه . هذا ويرد على قوله نعم إن بلغ سفيها لم تبطل لبقاء الولاية عليه أنه بالبلوغ ذهب حجر الصبى وخلفه حجر السفه والولاية التى حجر الصبى بسببها لم تبق بعد البلوغ ، اللهم إلا أن يقال : مراده الولاية فى الجملة أعم من أن يكون سببها الصبى أو غيره بدليل أنه لم يعرض له زمن يتصرف غيره فيه عنه (قوله ومثل البلوغ بالاحتلام الحيض) هذا علم من قوله السابق بالاحتلام أو غيره (قوله ثم مات المالك) أى المولى عليه (قوله فى أثنائه) ذكر مع رجوعه للمدة لكونها زمنا (قوله بطلت فيما بقى من المدة) أى وللمستأجر مطالبة الولى بالقسط مما قبضه ، ويرجع الولى على تركة المولى عليه إن كان له تركة وإلا فيضيع ماغرمه عليه ، والفرق بين هذا وما تقدم فيما لو تعجل الناظر الأجرة ودفعها للبطن الأول أن الإجارة ثم لم تنفسخ وخرج المال عن يده بوجوب تسليمه لأهله ، بخلاف ماهنا فإن الإجارة انفسخت والمال لم يخرج عن تصرف الولى وحيازته فليتأمل (قوله ولا ولاية له الخ) قضيته أنه لو كان له على الثانى ولاية كأن كان له وصاية على أخوين أن الإجارة لا تنفسخ ، وقد يتوقف فيه ويقال فى الانفساخ ويوجه بأن حين الإيجار لم يكن له ولاية على من انتقل الحق إليه الآن فقد أجر مالا ولاية عليه حين الإيجار (قوله ولو بفعل المكترى)

(قوله لان ولايته مقصورة على مدة ملك موليه ، ولا ولاية له على من انتقل ملكها الخ) قضيته أنه لو كان له ولاية على من انتقل ملكها إليه أنها لا تنفسخ ، وتكلم عليه الشيخ فى الحاشية ، وانظر لو كان الذى انتقل ملكها إليه هو الولىّ نفسه بأن كان أبا للمحجور (قوله وإجارة أم ولده بموته والمعلق عتقه بصفة بوجودها) أى والصورة أن التعليق والإيلاء سابقان على الإجارة (قوله لزوال الاسم) قضيته أن الحكم دائر مع بقاء الاسم وزواله ، فمتى زال الاسم انفسخت الإجارة ، وما دام باقيا فلا انفساخ ، وإن فاتت المنفعة المقصودة فلا تنفسخ الإجارة فى الدار . مثلا إلا بزوال جميع رسومها إذ اسمها يبقى ببقاء الرسوم كما سيأتى فى الأيمان ، والظاهر أن هذا غير مراد ، وأن المدار فى الانفساخ وعدمه إنما هو على ببقاء المنفعة المقصودة وعدمه ، فمتى فاتت المنفعة المعقود عليها انفسخت الإجارة وإن بقى الاسم فتنفسخ بفوات منفعة

حكمنا فيها بالقبض ليتمكن المستأجر من التصرف فتنفسخ بالكلية إن وقع ذلك قبل القبض أو بعده ولم تمض مدة لمثلها أجرة وإلا ففى الباقى منها دون الماضى فيأتى فيه مامر من التوزيع ، فإن انهدم بعضها ثبت للمكترى الخيار إن لم يبادر المكرى بالإصلاح قبل مضى مدة لا أجرة لها ، وعلى هذا يحمل قولهما إن تخريب المكترى يخيره ، إذ مرادهما تخريب يحصل به تعييب فقط وتعطل الرحى بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء بئر بها يفسخها كذا قالاه ، وما اعترض به من كونه مبنيا على الضعيف فى المسئلة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الآتى لإمكان سقيها بماء آخر . وأما نقلهما عن إطلاق الجمهور فيما لو طرأت أثناء المدة آفة بساقية الحمام المؤجرة عطلت ماءها التخيير سواء أمضت مدة لمثلها أجرة أم لا ، وعن المتولى عدمه إذا بان العيب ، وقد مضت مدة لمثلها أجرة وقالا إنه الوجه لأنه فسخ فى بعض المعقود عليه فمعترض بأن الوجه ما أطلقه

أى ويلزمه أرش نقصها لا إعادة بنائها (قوله يخيره) أى المستأجر (قوله أو نقص ماء بئر بها) لعل المراد نقصا يتعذر معه الانتفاع وإلا فلا وجه للانفساخ اهـ سم على حج . وقوله يمكن حمله الخ هذا لا يتأتى فى صورة نحو خلل أبنية الحمام إلا أن يصور بخلل يتعذر معه الانتفاع . وقوله عطلت ماءها لعل المراد نقصت بحيث نقص الانتفاع ولم تنتف بالكلية ، أما لو عطلته رأسا بحيث تعذر الانتفاع فينبغى الانفساخ أخذا من المسئلة قبلها مع الذى أجاب به فيها اهـ سم على حج (قوله كذا قالاه) والمعتمد فيه ثبوت التخيير على ما يأتى من أن نقصان المنفعة يثبت الخيار فقط ، فإن حمل ماهنا على مالو تعطلت المنفعة مطلقا كان المعتمد الانفساخ ، وعليه فلو أعاده المالك على وجه يزول به تعطل المنفعة وعودها كما كانت لم يعد استحقاقه المنفعة على ما اقتضاه التعبير بالانفساخ ، وقياس ما فى الغصب أن يبين استحقاقه للمنفعة ويثبت للمكترى الخيار لتفريق الصفقة عليه ويجرى هذا فى بقية الصور التى قيل فيها بالانفساخ (قوله وما اعترض به) أى من قوله كذا قالاه (قوله على الضعيف فى المسئلة)

الدار : أى من حيث كونها دارا فأل فى المنفعة للعهد الذهنى وإلا لزم لعدم الانفساخ بانهدامها وإن زال اسمها إذ الانتفاع متأت بالأرض لعدم الانهدام فلا يكون لإناطة الانفساخ بالانهدام معنى ، وقد اقتصر غير الشارح فى تعليل الانفساخ على فوات المنفعة ، والفرق بين ماهنا والأيمان على أن المدار فى الأيمان على ماتقتضيه الألفاظ الصادرة من الحالف فتعلق الحكم ببقاء اسم الدار المحلوف على دخولها مثلا ، وأما هنا فالمدار على بقاء المنفعة المقصودة بالعقد وعدمه فتأمل وراجع (قوله فإن انهدم بعضها ثبت للمكترى الخيار) أى ثم إن كان المنهدم مما يفرد بالعقد كبيت من الدار المكتراة انفسخت فيه كما صرح به الدميرى ، وهو مأخوذ مما سيأتى فى الشارح فيما إذا غرق بعض الأرض بما لا يتوقع انحساره وحينئذ فيبقى التخيير فيما بقى من الدار وإن كان المنهدم مما لا يفرد بالعقد كسقوط حائط ثبت الخيار فى الجميع إن لم يبادر المكرى بالإصلاح ، وهذه هى محل كلام الشارح بدليل تقييده المذكور (قوله قبل مضى مدة لا أجرة لمثلها) صوابه لمثلها أجرة (قوله ونقص ماء بئرها) أى والصورة أنها تعطلت بذلك كما هو فرض المسئلة فلا يحتاج لما ترجاه الشهاب سم حيث قال : لعل المراد نقصا يتعذر معه الانتفاع وإلا فلا وجه للانفساخ اهـ (قوله وما اعترض به من كونه مبنيا على الضعيف الخ) عبارة التحفة : واعترض بأنه مبنى على الضعيف فى المسئلة بعده ، ويجاب بحمل هذا على ما إذا تعذر الخ ، فعبارة الشارح لا تصح إلا بتأويل ، وبعبارة التحفة هذه تعلم ما فى حل الشيخ فى حاشيته لعبارة الشارح (قوله لأنه فسخ فى بعض المعقود عليه) يعلم منه أن فرض الخلاف بين المتولى والجمهور فيما إذا أراد أن يفسخ فى الباقى من المدة فقط ، أما الفسخ فى الجميع فهو جائز عند المتولى والجمهور وبه صرح فى الروضة (قوله فمعترض بأن الوجه الخ) لا يخفى أن المعترض إنما هو

الجمهو روصرحا بنظيره فىمواضع تبعا لهم ، منها قولهم لو عرض أثناء المدة ماينقص المنفعة كخلل يحتاج لعمارة وحدوث ثلج بسطح حدث من تركه عيب ولم يبادر المؤجر لإصلاحه تخير المستأجر ، وقولهم لو اكترى أرضا فغرقت وتوقع انحسار الماء فى المدة تخير المستأجر وغير ذلك مع تصريحهم بأن الخيار على التراخى فيما لو كان العيب بحيث يرجى زواله كما فى مسئلتنا فهذا منهم كالصريح فى التخيير وإن مضت مدة لمثلها أجرة فضلا عن إطلاقهم بل صرحا به فىالكلام على فوات المنفعة على ما إذا آجر أرضا فغرقت بسيل على أن مامر عنهما فى نقص ماء بئر الحمام يقتضى الانفساخ فى مسئلتنا فضلا عن التخيير ، فقولهما عن مقالة المتولى أنها الوجه : أى من حيث المعنى على مافيه أيضا لا من حيث المذهب ، وتوجيه ابن الرفعة بأن الأصل يقتضى منع الإجارة لأنها بيع معدوم وإنما جوّزت للحاجة فاغتفر فيها الفسخ ، بخلاف البيع يقال فيه أيضا الفرق بين البيع والإجارة واضح إذ العلة فيه التشقيص المؤدى إلى سوء المشاركة . نعم يحمل قولهما فالوجه إلى آخره على ما إذا كانت الأجرة عبدا أو بهيمة أو مايؤدى إلى التشقيص (لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة) فلا تنفسخ به لبقاء اسم الأرض مع إمكان سقيها بماء آخر ومن ثم لو غرقت هى أو بعضها بماء لم يتوقع انحساره مدة الإجارة أو أن الزرع انفسخت فى الكل فى الأولى وفى البعض فى الثانية ، ويتخير حينئذ على الفور لأنه خيار تفريق صفقة لاخيار عيب إجارة ، كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى وغلط من قال إنه على التراخى لاشتباه المسئلة عليه ، ويلحق بذلك أخذا من العلة أنه لو لم يمكن سقيها بماء أصلا انفسخت وهو ظاهر مؤيد بما مر فى نقص ماء بئر الحمام (بل يثبت به الخيار) للعيب

هى قوله لا انقطاع ماء أرض الخ وقوله يمكن حمله أى المسئلة بعده (قوله بحيث يرجى زواله) خرج مالا يرجى زواله وفى الروض آخر الباب وإن رضى المستأجر بعيب يتوقع زواله لم ينقطع خياره وإلا انقطع اه سم على حج . وقال أيضا : لكن ينبغى تصويره بما إذا أمكن الانتفاع فى الجملة ، أما إذا تعذر رأسا فينبغى الانفساخ أخذا من قوله وتعطل الرحى (قوله كما فى مسئلتنا) هى تعطل الرحى بانقطاع مائها (قوله يقتضى الانفساخ فى مسئلتنا) هى مالو طرأت أثناء المدة آفة بساقية الحمام المؤجرة (قوله بماء آخر) قال فى شرح الروض : وقضيته أنه إذا لم يمكن زراعتها بغيره تنفسخ الإجارة وهو ظاهر وسيأتى نظيره فىانقطاع ماء الحمام اه سم على حج . ويصرح بذلك قول الشارح الآتى ويلحق بذلك الخ (قوله ويتخير) أى فى غرق البعض وقوله على الفور خلافا لحج (قوله انفسخت) منه يعلم أن مايقع فى أراضى مصرنا من أنه يستأجرها قبل أوان الزرع وهى مما يروى غالبا فيتفق عدم الرىّ فى تلك السنة يوجب الانفساخ إن لم يرو منها شىء أصلا ، ويثبت فيما إذا روى بعضها أو كلها ، لكن على خلاف المعتاد من كمال الرى ، وهذا ظاهر إن كان العقد وقع على سنة ، فإن وقع على ثلاث سنين انفسخت السنة الأولى التى لم يشملها الرى ويتخير المستأجر فورا فى الباقى ، فإن فسخ فذاك وإلا سقط عنه أجرة السنة الأولى وانتفع

قولهما فى كلام المتولى إنه الوجه فقط ، وليس المعترض نقلهما لكلام الجمهور والمتولى كما يفيده هذا السياق فكان ينبغى خلاف هذا التعبير وهو تابع فيه للتحفة (قوله وتوجيه ابن الرفعة) يعنى لإطلاق الجمهور المار ، وقوله يقال فيه أيضا الخ مراده به توجيه آخر لإطلاق الجمهور خلاف مايوهمه سياقه فكان حق التعبير أن يقول ووجه ابن الرفعة إطلاق الجمهور بأن الأصل الخ ، ويوجه أيضا بأن الفرق بين البيع والإجارة أى اللذين أشار المتولى فى تعليله المار إلى اتحادهما واضح إذ العلة الخ (قوله نعم يحمل قولهما الخ) هذا حمل ثان لاستيجاه الشيخين لكلام المتولى فكان ينبغى ذكره عقب قوله المار فقولهما عن مقالة المتولى أنها الوجه : أى من حيث المعنى على مامر فيه أيضا

حيث لم يبادر المؤجر قبل مضى مامر ويسوق إليها ماء يكفيها ولا يكتفى بوعده فيما يظهر . والخيار فى هذا الباب حيث ثبت فهو على التراخى كما قاله الماوردى لأن سببه تعذر قبض المنفعة : أى أو بعضها وذلك يتكرر بتكرر الزمان (وغصب) غير المؤجر لنحو (الدابة وإباق العبد) فى إجارة عين قدرت بمدة بلا تفريط من المكترى وكان الغصب على المالك (يثبت الخيار) إن لم يبادر بالرد كما مر وذلك لتعذر الاستيفاء . فإن فسخ فظاهر . وإن أجاز ولم يرد حتى انقضت مدتها انفسخت الإجارة فيستقر قسط ما استوفاه من المسمى .

بها بقية المدة إن شملها الرى بما يقابلها من الأجرة المقدرة عليه فى عقد الاجارة أولا (قوله ولا يكتفى بوعده) أى لايسقط خياره بوعده بسوق الماء ، لكن لو أخر اعتمادا على ذلك ثم لم يتفق له سوق جاز له الفسخ قياسا على مامر من أنه لو آجره أرضا للزراعة لا ماء لها ووعده بترتيب ماء يكفيها صحت الإجارة . ثم إن لم يفعل ذلك ثبت له حق الفسخ (قوله فهو على التراخى) أى إلا إذا كان سببه تفريق الصفقة كما مر قريبا فى قوله ويتخير حينئذ على الفور الخ (قوله وكان الغصب على المالك) أى بأن غصب من يده اه سم على حج . أقول : والظاهر أن مافهمه من قوله على المالك أن المراد به أنها غصبت من يد المالك غير مراد . بل المراد أنها غصبت من المستأجر لأجل كونها منسوبة إلى المالك ،كأن يكون بين الغاصب والمالك مايحمله على الغصب لكونه حقا للمالك لعداوة بينهما أو تهمة ، وأن المراد بغصبت على المستأجر أنها غصبت منه لكن لعداوة بينه وبين الغاصب وبه يندفع ماسنذكره من التأمل الآتى (قوله فيستقر قسط ما استوفاه) فإن استغرق الغصب جميع المدة انفسخت فى الجميع وإن زال الغصب وبقى من المدة شىء ثبت الخيار للمستأجر لتفريق الصفقة عليه والخيار على الفور إلى آخر ماتقدم فى الشارح اه . قلت : لكن محله إذا لم يكن هناك تفريق صفقة ، أما إذا كان هناك تفريق صفقة فهو على الفور ، كذا بخط شيخنا الزيادى ، وقد أفتى شيخنا الزيادى أيضا بأن الغصب يفسخ الإجارة فوقعت الفتيا فى يد بعض أكابر العلماء فذهب بها إلى القاضى يحيى بن زكريا زمن ولايته بمصر وصحب معه متن المنهاج وقال : العجب ثم العجب أن الشيخ نور الدين الزيادى أفتى بأن الغصب يفسخ الإجارة ، وهذا متن المنهاج قاض عليه بأن الغصب يثبت الخيار ، وإن هذا الأمر عجيب ، فبلغ شيخنا المذكور ذلك المجلس فكتب إلى القاضى يحيى وهذا صورة ماكتب ومن خطه نقلت المعروض على المسامع الكريمة حرسها الله تعالى من كل سوء بجاه محمد صلى الله عليه وسلم : إن هذه المسئلة كتب فيها بعض الشافعية مخالفا لما كتبته ، وقد سئلت عنها من نحو عشر سنين فكتبت فيها بانفساخ الإجارة ، وقد أشرت إلى الانفساخ فإن المطالبة إنما تثبت للمتحدث : أى الناظر لا للمستأجر شيئا فشيئا ، فإن استغرق الغصب جميع المدة انفسخت فى الجميع ، وإن زال الغصب وبقى من المدة شىء ثبت الخيار للمستأجر لتفريق الصفقة عليه والخيار على الفور لأنه خيار تفريق صفقة . وقد غلط فى هذه المسئلة جماعة من أكابر المتأخرين فقالوا إن الخيار على التراخى فى هذه المسئلة لأن الأصحاب أطلقوا أن خيار الإجارة على التراخى ، لكن محله إذا لم يكن هناك تفريق صفقة ، أما إذا كان هناك تفريق صفقة فهو على الفور . فوقعت الفتيا فى يد جماعة من أصحاب العمائم الكبار فذهب بها إليه وقال : هذا أمر عجيب أن فلانا أفتى بانفساخ الإجارة بالغصب ، فقلت له : المسئلة منقولة فى شرح الروض وشرح المنهج ، فرجع إلى وقال : فى أى باب ؟ فقلت له فى كتاب الإجارة ، ثم كتبت ثانيا فوقعت الفتيا فى يد بعض مدرسى الجامع الأزهر ، فأرسل إلى بعض تلامذته فقال لى : فى متن المنهاج

لامن حيث المذهب بأن يقول أو يحمل قولهما المذكور على ما إذا كانت الأجرة عبدا الخ (قوله وكان الغصب على المالك)

أما إجارة الذمة فيلزم المؤجر فيها الإبدال فإن امتنع استأجر الحاكم عليه ، والمعين عما فيها ليس كالمعين فى العقد فينفسخ بتلفه التعيين لا لأصل العقد ، وأما إجارة عين مقدرة بعمل فلا تنفسخ بنحو غصبه ، بل يستوفيه متى قدر عليه كثمن حال آخر قبضه ، وأما وقوع ذلك بتفريط المكترى فيسقط خياره ويلزمه المسمى ، قاله الماوردى . ومحل الخلاف إذا غصبها من المالك ، أما لو غصبها من المستأجر فلا خيار ولا فسخ على ما بحثه ابن الرفعة أخذا من النص واستشهد له الغزى بما فيه نظر قال الأذرعى : وهو مشكل ، وما أظن الأصحاب يسمحون به ، وأما غصب المؤجر لها بعد القبض أو قبله بأن امتنع من تسليمها حتى انقضت المدة فيفسخها كما يأتى ، ووقع السؤال عمن اكترى لحمل مريض من نحو الطائف إلى مكة وقد عين فى العقد فمات فى أثناء الطريق فهل يلزمه حمله ميتا إليها ؟ والأقرب أخذا من نص للبويطى صرح فيه بأن الميت أثقل من الحى أن من استؤجر لحمل حى مسافة معلومة فمات فى أثنائها وأراد وارثه نقله إليها وجوزناه كأن كان بقرب مكة وأمن تغييره أن له فسخ الإجارة لطرو ماهو كالعيب فى المحمول وهو زيادة ثقله حسا أو معنى على الدابة ، ويؤيده قولهم لا يجوز النوم عليها فى غير وقت النوم من غير شرط لأن النائم يثقل ، ولا يعارض قولهم بانفساخها بتلف المستوفى به المعين فى العقد تارة على ما فى الروضة وبعدمه أخرى ، ثم إن عين فيه أو بعده وبقى أبدل جوازا ، وإن عين بعده وتلف أبدل وجوبا برضا المكترى لأن

إن الغصب يثبت الخيار فكيف تكتب بانفساخ الإجارة ، فنهرت التلميذ فرجع لشيخه وجاءنى بمتن المنهاج فذكرت له أن متن المنهاج لا يجوز الإفتاء منه إلا للعارف . ومعنى متن المنهاج أن الغاصب إذا أزيلت يده وبقى من الإجارة شىء ثبت له الخيار ، وقد استبعد السبكى رحمه الله ثبوت الخيار إذا استغرق الغصب جميع المدة ، وقد بلغنى أن بعض الجماعة الذين كتبوا مخالفا لما كتبت رجع واعترف بالخطأ ، وغالب الجماعة لم يقرأ على أحد وإنما أخذ العلم من الورق ، والفقير إنما أخذ العلم عن محققى العصر كالشهاب الرملى والشيخ عميرة والشيخ نور الدين الطندتائى والشيخ شهاب الدين البلقينى حافظ العصر ، وقد كتب لى فى الإجارة أنا مدينة العلم وعلى بابها ، وكان من أرباب الأحوال يتصرف فى الكون جهارا والفقير له علوفة تكفيه وليس محتاجا لشىء من الوظائف جزاكم الله خيرا وأحسن إليكم اهـ . هكذا بخط شيخنا الزيادى رحمه الله اهـ عبد البر الأجهورى (قوله أما إجارة الذمة) محترز قوله فى إجارة عين (قوله لا أصل العقد) قضيته وإن كان بتفريط المستأجر اهـ سم على حج وهو ظاهر (قوله وأما وقوع ذلك بتفريط المكترى) يتأمل صورة تفريط المستأجر مع أن الغصب من يد المالك إلا أن يصور بما إذا امتنع من تسلمها حتى غصبت ولو تسلمها لم تغصب اهـ سم على حج . وقد يتوقف فى قوله إلا أن يصور الخ فإن المشترى لو عرض عليه مبيع وامتنع من قبضه وتلف انفسخ العقد ولا ضمان على المشترى ويرجع بثمنه إن كان دفعه للبائع (قوله قال الأذرعى الخ) إطلاق الشيخ فى شرح منهجه يقتضى ثبوت الفسخ والخيار سواء كان الغصب فى يد المستأجر على المالك ، أو المستأجر فيوافق ماقاله الأذرعى وهو المعتمد (قوله وهو مشكل) أى فلا فرق بين كون الغصب على المالك أو المستأجر فى ثبوت الخيار ولو مع التفريط غايته أنه يضمن القيمة إذا فرط (قوله وهو زيادة ثقله) قيل يؤخذ مما ذكر أن هذا فى غير الشهيد ، أما هو فليس للمؤجر فسخ الإجارة بموته لأنه حى وقد يمنع الأخذ بأن حياته ليست حسية فلا ينافى أنه يثقل بعد الموت الحسى وإن كان حيا

ليس بقيد كما يعلم مما يأتى (قوله ومحل الخلاف) كذا فى نسخ الشارح ، ولعله محرف عن قوله و محل الخيار وإلا فالمسئلة لم يتقدم فيها خلاف (قوله والأقرب أخذا من نص للبويطى الخ) ربما يوهم أن هذا الأخذ له وليس كذلك ، فإن هذا الأخذ وما بعده إلى آخر السوادة جواب للشهاب حج ، وهو الذى سئل عن هذه المسئلة كما يعلم

هذا مفروض فى التلف كما ترى ، وما نحن فيه ليس منه لإمكان حمل الميت وإنما حدث فيه وصف لم يكن حال العقد فاقتضى التخيير ما لم يبدله بمن هو مثله أو دونه (ولو أكرى جمالا) عينا أو ذمة (وهرب وتركها عند المكترى) فلا خيار لإمكان الاستيفاء بما فى قوله (راجع) إن لم يتبرع بمؤنتها (القاضى ليمونها) بإنفاقها وأجرة متعهدها كمتعهد إجمالها إن لزم المؤجر (من مال الجمال فإن لم يجد له مالا) بأن لم يكن له غيرها وليس فيها زيادة على حاجة المكترى وإلا باع الزائد ولا اقتراض (اقترض عليه) لأنه الممكن واستئذانه الحاكم لحرمة الحيوان ، فلو وجد ثوبا ضائعا واحتاج فى حفظه لمؤنة أو عبدا كذلك فله بيعه حالا وحفظ ثمنه إلى ظهور مالكه ، قاله السبكى ، وفى اللقطة مايؤيده (فإن وثق) القاضى (بالمكترى دفعه) أى المقرض منه أو من غيره (إليه) ليصرفه فيما ذكر (وإلا) بأن لم يثق به (جعله عند ثقة) يصرفه كذلك ، والأولى له تقدير النفقة وإن كان القول قول المنفق بيمينه عند الاحتمال (وله) أى القاضى عند تعذر الاقتراض ، ومنه أن يخاف عدم التوصل له بعد إلى استيفائه (أن يبيع منها) بنفسه أو وكيله (قدر النفقة) والمؤنة للضرورة وخرج بمنها جميعها فلا يبيعه ابتداء لتعلق حق المستأجر بأعيانها ومنازعة مجلى فيه بأنه لايفوت حقه لعدم انفساخ الإجارة به غير ظاهرة ، إلا أن يحمل على ما بحثه الأذرعى من أنه لو رأى الحاكم فى إجارة الذمة مصلحة فى بيعها والاكتراء ببعض الثمن للمستأجر جاز له ذلك جزما حيث جاز له بيع مال الغائب بالمصلحة ، والأوجه أنه لو رأى مشتريا لها مسلوبة المنفعة مدة الإجارة لزمه أن يبيع منها مايحتاج لبيعه مقدما له على غيره لأنه الأصلح (ولو أذن للمكترى فى الإنفاق من ماله ليرجع جاز فى الأظهر) لأنه محل ضرورة وقد لايرى الاقتراض ، وكلامه يفهم انتفاء رجوعه بما أنفقه بغير إذن الحاكم ، وهو كذلك إن وجده وأمكن إثبات الواقعة عنده وإلا أشهد على إنفاقه بقصد الرجوع ثم يرجع ، فإن تعذر الإشهاد لم يرجع بما أنفقه فيما يظهر لندور العذر . والثانى المنع لئلا يؤدى إلى تصديقه فيما يستحقه على غيره بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين ، ثم

عند الله (قوله فاقتضى التخيير) أى بين الفسخ وعدمه ، فإن لم يفسخ ألزم بحمله قهرا عليه ولا شىء له زيادة على ماسماه أولا (قوله إن لزم المؤجر) أى بأن كانت إجارة ذمة (قوله ولا اقتراض) ظاهره وإن كان الاقتراض أنفع للمالك من البيع ، وهو محتمل لأن فى الاقتراض إلزاما لذمة المالك وقد لايتيسر توفيته عند المطالبة (قوله لحرمة الحيوان) أى مع احتمال تقصيره فى شأنه محافظة على استيفاء المنفعة التى استحقها منه ولا كذلك العبد الآتى (قوله فله بيعه حالا) أى على المعتمد ، وقضيته أن له الاستقلال بذلك (قوله فلا يبيعه ابتداء) وفى نسخة بعد ابتداء خشية أن تأكل أثمانها ، والأولى إسقاطها لأنه عند بيع كلها لايتأتى أن تأكل أثمانها وإنما يتأتى ذلك إذا باعها شيئا فشيئا لمؤنة باقيها (قوله إلا أن يحمل الخ) هذا لايصلح محلا للمنازعة مجلى إلا على وجه بعيد فليتأمل ، إذ المتبادر من كلامه أن مجرد عدم انفساخ الإجارة كاف فى جواز البيع (قوله وأمكن إثبات الواقعة) أى بأن سهلت إقامة البينة عليه وقبلها القاضى ولم يأخذ مالا وإن قل على مامر (قوله فيما يظهر) أى ظاهرا ، أما باطنا فينبغى أن له

بمراجعة تحفته (قوله لإمكان الاستيفاء بما فى قوله راجع الخ) قد يقال : إن الذى فى قول المصنف المذكور ليس طريقا للاستيفاء ، فكان الظاهر أن يقول لإمكان الاستيفاء من غير ضرر عليه لما ذكره المصنف فى قوله (قوله أى المقرض منه) ظاهر هذا التفسير أنه لايدفع له مال الجمال إذا كانت المؤنة منه فليراجع (قوله فلا يبيعه ابتداء) فى نسخة عقب هذا مانصه : خشية أن تأكل أثمانها ، ومثله فى التحفة : قال الشهاب سم : قوله خشية أن تأكل أثمانها علة للمنفى لا للنفى اهـ . وبه يندفع ما فى حاشية الشيخ (قوله إلا أن يحمل على مابحثه الأذرعى الخ)

الأمين يدفعه له كل يوم بحسب الحاجة واحترز بتركها عما لو هرب بها فإن كانت إجارة عين تخير نظير مامر فى الإباق ، وكما لو شردت الدابة وإن كانت فى الذمة اكترى الحاكم أو اقترض نظير مامر ، ولا يفوض ذلك للمستأجر لامتناع توكله فى حق نفسه ، فإن تعذر الاكتراء فله الفسخ (ومتى قبض المكترى) العين المكتراة ولو حرا أجر عينه أو (الدابة) أو الدار (وأمسكها) هو زيادة إيضاح للعلم به من قوله قبض . ومثل قبضها امتناعه منه بعد عرضها عليه . قال القاضى أبو الطيب : إلا فيما يتوقف قبضه على النقل : أى فيقبضه الحاكم . فإن صمم أجره قاله فى البيان ، وفيه نظر لأنه حاضر ولم يتعلق بالعين حق للغير حتى يؤجرها لأجله ، وإيجار الحاكم إنما يكون لغيبة أو تعلق حق ، فالأوجه أنه بعد قبضها وتصميمه على الامتناع يردها لمالكها (حتى مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة وإن لم ينتفع) ولو لعذر منعه منه كخوف أو مرض لتلف المنافع تحت يده حقيقة أو حكما فاستقر عليه بدلها ، ومتى خرج بها مع الخوف صار ضامنا لها إلا إذا ذكر ذلك حالة العقد . وليس له فسخ ولا إلزام مكر أخذها إلى الأمن لأنه يمكنه أن يسير عليها مثل تلك المسافة إلى بلد آخر ، وما بحثه ابن الرفعة أنه لو عم الخوف كل الجهات وكان الغرض الأعظم ركوبها فى السفر وركوبها فى الحضر تافه بالنسبة إليه لم يلزم المستأجر أجرة يظهر حمله على أن مراده بذلك أنه يتخير به إذ هو نظير مامر فى نحو انقطاع ماء الأرض ، ومتى انتفع بعد المدة لزمه مع المسمى المستقر عليه أجرة مثل ذلك الانتفاع (وكذا) تستقر الأجرة (لو اكترى دابة لركوب إلى موضع) معين (وقبضها) أو عرضت عليه (ومضت مدة إمكان السير إليه) لكونه متمكنا من الاستيفاء ، وعلم من كلامه أن هذه غير الأولى لأن تلك مقدرة بزمن وهذه بعمل فتستقر بمضى مدة العمل الذى ضبطت به المنفعة (وسواء فيه) أى التقدير بمدة أو عمل (إجارة العين والذمة إذا سلم) المؤجر فى إجارة الذمة (الدابة) مثلا (الموصوفة) للمستأجر لتعين حقه بالتسليم ، بخلاف مالو لم يسلمها فلا تستقر أجرة عليه لبقاء المعقود عليه فى الذمة وكالتسليم

الرجوع (قوله إلا فيما يتوقف قبضه الخ) قد يشكل بماتقرر فى البيع أنه لو وضع المبيع عنده صار قبضا وأوردته على م ر فاعترف بإشكاله اه سم على حج . ويمكن الجواب بأن محل الاكتفاء بالوضع فى خفيف يمكن تناوله باليد ، وعليه فيمكن حمل قول القاضى إلا فيما يتوقف الخ على غيره كالدواب والأحمال الثقيلة (قوله فإن صمم) أى المستأجر ، قال سم على الامتناع اه . وقوله أجره : أى الحاكم ، وقوله وتصميمه : أى المستأجر (قوله ردها على مالكها) أى وتستقر الأجرة بمضى المدة وإمكان العمل على المستأجر (قوله ومتى خرج بها) أى المستأجر (قوله حالة العقد) أى أو كان الزمن زمن خوف وعلم به المؤجر وقوله وليس له أى المكترى (قوله لأنه يمكنه أن يسير عليها) أى أو يؤجرها لمن يسير عليها ممن هو مثل المستأجر (قوله أجرة مثل ذلك) أى وإذا تلفت فى هذه الحالة ضمنها ضمان المغصوب ، وأما لو جاوز المحل الذى استأجرها ليركب له ثم يعود عليها إلى محل العقد فيلزمه أجرة مازاد ويضمنها إذا تلفت فيه ، وإذا رجع إلى المحل الذى جاوزه جاز له الركوب منه إلى محل العقد لعدم انفساخ الإجارة فيه ، وإذا تلفت فى مدة العود فهل يضمن لأنه صار غاصبا بالمجاوزة أولا لجواز انتفاعه بها وبقاء إجارته ؟ فيه نظر ، ومقتضى ماتقدم من أنه إذا تعدى بضرب الدابة مثلا صار ضامنا حتى لو تلفت بغير ماتعدى به لم يسقط الضمان الأول (قوله أو عرضت عليه) هذا قد يخالف ماتقدم عن القاضى أبى الطيب لأن الدابة

قال الشهاب سم فيه أن مجليا مصرح بعدم الانفساخ اه فتأمله (قوله هو زيادة إيضاح) قد يقال بمنعه وأنه إنما أتى به ليعلق قوله حتى مضت مدة الإجارة ، إذ لا يصح تعلقه بقبض إلا بتأويل لأن القبض ينقضى بمجرد وقوعه فلا يستمر إلى انقضاء المدة ، وإنما المستمر الإمساك ، وقد مر نظير ذلك فى آجرتكه سنة

العرض كما مر (وتستقر فى الإجارة الفاسدة أجرة المثل) سواء أزادت على المسمى أم نقصت (بما يستقر به المسمى فى الصحيحة) مما ذكر ولو لم ينتفع . نعم تخلية العقار والوضع بين يديه والعرض عليه وإن امتنع لايكفى هنا بل لابد من القبض الحقيقى (ولو أكرى عينا مدة ولم يسلمها) أو غصبها أو حبسها أجنبى ولو كان الحبس لقبض الأجرة (حتى مضت) تلك المدة (انفسخت) الإجارة لفوات المعقود عليه قبل قبضه ، فلو حبس بعضها انفسخت فيه فقط وتخير فى الباقى ولا يبدل زمان بزمان (ولو لم يقدر مدة) وإنما قدرها بعمل (كأن أجر) دابة (لركوب) إلى موضع معين ولم يسلمها حتى مضت (مدة) إمكان (السير) إليه (فالأصح أنها) أى الإجارة (لاتنفسخ) ولا يخير المكترى إذ هى متعلقة بالمنفعة لا الزمان ولم يتعذر استيفاؤها . والثانى تنفسخ كما لو حبسها المكترى ، وأجاب الأول بأنه لو لم نقرر به الأجرة لضاعت المنفعة على المكرى . ولا فسخ ولا خيار بذلك فى إجارة الذمة قطعا لأنه دين ناجز تأخر وفاؤه (ولو أجر عبده) أى رقيقه (ثم أعتقه) أو وقفه مثلا أو استولد الأمة ثم مات (فالأصح أنها) أى القصة فى ذلك (لاتنفسخ الإجارة) لأنه أزال ملكه عن المنافع مدتها قبل نحو عتقه فلم يصادف إلا رقبة مسلوبة المنافع خصوصا والأصح أنها تحدث على ملك المستأجر . والثانى تنفسخ كموت البطن الأول وهو ضعيف كما صرح به فى الروضة ؛ وخرج بثم أعتقه مالو علق عتقه بصفة ثم أجره ثم وجدت الصفة فى أثناء مدة الإجارة فإنها تنفسخ لسبق استحقاق العتق على الإجارة ، ومثله مالو أجر أم ولده ثم مات كما اقتضاه كلامهما هنا واعتمده السبكى وغيره ، وما لو أقر بعتق سابق على الإجارة فإنه يعتق ولا يقبل قوله فى فسخها . ويغرم للعبد أجرة مثله (و) الأصح (أنه) أى الشأن (لاخيار للعبد) بعتقه فى فسخها لتصرف سيده فى خالص ملكه فلم يملك نقضه . والثانى له الخيار كالأمة تحت عبد ؛ وفرق الأول بأن سبب الخيار وهو نقصه موجود ، ولا سبب للخيار هنا لما مر من كون المنافع تحدث مملوكة للمكترى (والأظهر أنه لايرجع على سيده بأجرة ما) أى المنافع التى تستوفى منه (بعد العتق) إلى انقضاء مدتها لتصرفه فى منافعه حين كان مالكا لها ونفقته

مما يتوقف قبضها على النقل ، فالوجه وفاقا لما رجع إليه م ر أنه لاأثر لمجرد العرض إلا إذا كان على وجه يعد قبضا فى البيع اهـ سم على حج . أقول : ويحمل قوله لايكفى هنا : أى فى الإجارة الفاسدة (قوله ولو أكرى عينا) أى إجارة عين أو ذمة كما هو ظاهر اهـ سم على حج (قوله أى القصة فى ذلك) يجوز أيضا رجوع الضمير للإجارة ، ويكون قوله الإجارة من الإظهار فى موضع الإضمار اهـ سم على حج (قوله البطن الأول) بموته وإجارة أم ولده بموته والمعلق عتقه بصفة بوجودها لأن المقصود من ذكرها ثم الاستدلال على انفساخ إجارة مال المولى عليه بموته والغرض منها هنا بيان الحكم (قوله وهو ضعيف) إنما نص على ذلك لئلا يتوهم من قياسه على صحيح اعتماده (قوله مالو علق عتقه الخ) ليس هذا تكرارا مع قوله السابق فأشبه انفساخ إجارة (قوله فى أثناء مدة الإجارة) وبقى مالو علق عتقه بصفة ثم آجره ووجدت الصفة مقارنة للإيجار هل تصح الإجارة أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لخروجه عن ملكه بوجود الصفة والعتق إذا قارن غيره يقدر سبقه لشدة تشوف الشارع إليه (قوله مالو آجر أم ولده ثم مات) بقى مالو آجر أم ولده ثم أعتقها وينبغى أن لاينفسخ إلا بالموت أيضا اهـ سم على حج (قوله وما لو أقر)

(قوله ولم يسلمها) أى ولا عوضها (قوله وهو ضعيف) أى خلاف مايقتضيه تعبيره بالأصح على ماقدمه فى الخطبة من اصطلاحه ، على أن مقابل الأصح صحيح لا ضعيف ، فمراد الشارح بهذا التورك على المتن بأنه كان ينبغى أن يعبر بالصحيح بدل الأصح ، لكن قوله كما صرح به فى الروضة فيه تسمح لأنه لم يصرح فى الروضة بأن هذا ضعيف ، وإنما عبر هناك بالصحيح فعلم منه أن مقابله ضعيف ، وبما تقرر سقط مافى حاشية الشيخ مما لايصح عند التأمل

فى بيت المال ثم على مياسير المسلمين ، وأفهم فرضه الكلام فيما لو أجره ثم أعتقه أنه لارجوع له بشىء على وارث أعتق قطعا إذ لم ينقض ماعقده ، ولو فسخت الإجارة بعد العتق بعيب ملك منافع نفسه كما فى الروضة لأنه صار مستقلا ، والمتجه فيما لوأوصى بمنفعة عبد لزيد وبرقبته لآخر فردّ زيد الوصية رجوع المنافع للورثة ، فلو أجرداره ثم وقفها ثم فسخت الإجارة رجعت للواقف كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى والثانى يرجع لأن المنافع تستوفى منه قهرا فصار كما لو أكرهه سيده على العمل (ويصح بيع) العين (المستأجرة) حال الإجارة (للمكترى) قطعا لانتفاء الحائل كما لو باع المغصوب من غاصبه ، وإنما امتنع بيع المشترى قبل قبضه للبائع لضعف ملكه (ولا تنفسخ الإجارة فى الأصح) لورودها على المنفعة والملك على الرقبة فلا منافاة . والثانى تنفسخ لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه فلا تستوفى الإجارة وكما لو اشترى زوجته فإنه ينفسخ النكاح ، وردّ بأنه إنما ينتقل إلى المشترى ماكان للبائع والبائع حين البيع ماكان يملك المنفعة ، بخلاف النكاح فإن السيد يملك منفعة بضع الأمة المزوّجة بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد لا للزوج (فلو باعها لغيره) أو وقفها أو وهبها أو أوصى بها وقد قدرت الإجارة بزمن (جاز فى الأظهر) وإن لم يأذن المكترى لما مر من اختلاف الموردين ، ويد المستأجر لاتعدّ حائلة فى الرقبة لأن يده عليها يد أمانة ، ومن ثم لم يمنع المشترى من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم يرجع للمستأجر ويغتفر ذلك القدر اليسير للضرورة . والثانى المنع لأن يد المستأجر حائلة عن التسليم بحق لازم

أى بعد الإجارة (قوله على وارث أعتق) أى الوارث (قوله ولو فسخت الإجارة بعد العتق بعيب) أى ويرجع المستاجر بقسط مابقى على السيد أو الوارث (قوله فلو أجر داره) الأولى أن يقول ولو أجر الخ ، لأن هذا لايتفرع على ماقبله (قوله رجعت) أى المنفعة للواقف ، انظر الفرق بين هذه وبين مالو فسخت الإجارة بعد عتق العبد حيث يملك منفعة نفسه ولا ترجع لسيده ، ثم رأيته فى شرح الروض فرق بينه وبين البيع بما صورته : ويفارق : أى ملك العتيق منافع نفسه نظيره الآتى فى صورة البيع من أنها للبائع وإن شرّك بينهما المتولى فى البناء الآتى ، ثم أخذ منه الأسنوى ترجيح أنها للسيد بأن العتق لما كان متقربا به والشارع متشوّفا إليه كانت منافع العتيق له نظرا لمقصود العتق من كمال تقرّبه بخلاف البيع ونحوه ، وفرق بعضهم بما لايشفى ، ومن نحو البيع الوقف فإن الشارع لم يتشوّف إليه تشوّفه للعتق ، ومن ثم جرى الخلاف فى ملك الموقوف ، وكتب أيضا قوله رجعت للواقف : أى ويرجع المستأجر بقسط مابقى على الواقف (قوله وإنما امتنع بيع المشترى) قد يقال لاحاجة إلى هذا بالنسبة لما الكلام فيه لأن الذى استحقه المستأجر بالإجارة منفعة العين ، والذى أورد عقد البيع عليه محل المنفعة وهو العين وليست متعلق الإجارة فلا جامع بينها وبين عدم صحة بيع المشترى للمبيع قبل قبضه . نعم يشكل على مامرّ من صحة إجارة العين المؤجرة من المؤجر قبل القبض لأنها الشبيهة ببيع المبيع من البائع قبل قبضه ، وتقدم الفرق بينهما فى كلام الشارح والكلام عليه (قوله فإن السيد يملك منفعة بضع الأمة) يتأمل وكأنّ المراد أن الملك فى النكاح وارد على المنفعة أيضا إذ الزوج لايملكها بل يملك أن ينتفع بشىء مخصوص اهـ سم على حج (قوله وقد قدرت الإجارة) أى فى الثلاثة (قوله ومن ثم لم يمنع المستأجر) أى لم يجز له أن يمنع الخ (قوله للضرورة)

(قوله فصار كما لو أكرهه سيده على العمل) أى بعد العتق (قوله وإنما امتنع بيع المشترى الخ) الجامع بين هذا ومسئلتنا أن كلا منهما فيه بيع الشخص ماليس تحت يده لمن هو تحت يده ، وبه يندفع مافى حاشية الشيخ (قوله لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه) أى من حيث ملك الرقبة لامن حيث الإجارة ، وإلا فالمنافع تحدث على ملك

فكانت أولى بالمنع من الغاصب ، ورد بما مر . وشمل كلامه ما لو كانت مشحونة بأمتعة كثيرة لايمكن تفريغها إلا بعد مضى مدة لمثلها أجرة فيصح البيع فيما يظهر ، وإن توقف قبضها على تفريغها على مامر فى بابه ، أما إذا قدرت بعمل فكذلك خلافا لأبى الفرج البزار وإن تبعه البلقينى (ولا تنفسخ) الإجارة قطعا ، بل تبقى فى يد المكترى إلى انقضاء أمدها ، فإن جهل المشترى تخير ولو فى مدة الإجارة كما اقتضاه إطلاقهم ، وسواء فى صحة البيع ولو مع الجهل أكان جاهلا بالمدة أم عالما خلافا للأذرعى ومن تبعه ، فإن أجاز لم يستحق أجرة لبقية المدة ، ولو علمها وظن استحقاق الأجرة فإن انفسخت الإجارة عادت المنافع للبائع بقية المدة كما رجحه ابن الرفعة ، وهو أوجه مما رجحه السبكى أنها للمشترى ، ويؤيد الأول ماقاله الجلال البلقينى بأن الموصى له بالمنفعة لو اشترى الرقبة ثم باعها انتقلت بمنافعها للمشترى ، وقياسه أنه لو استأجر دارا مدة ثم اشتراها ثم باعها والمدة باقية فتنتقل بجميع منافعها للمشترى ، فإن استثنى البائع المنفعة التى له بالإجارة بطل البيع فى المسئلتين ، ولو أجر لبناء أو غراس ثم انقضت المدة فأجر لآخر قبل وقوع التخيير السابق نظيره فى العارية لم يصح فيما يضر الانتفاع به البناء أو الشجر كما هو ظاهر لبقاء احترام مال المستأجر الأول ، ويصح فى غير المضر سواء أخصه بالعقد أم لم يخصه ، وكان التوزيع على المضر وغيره ممكنا ، وعلى هذا يحمل قول بعضهم يصح إن أمكن تفريغها منه فى مدة لا أجرة لمثلها ولم يسترها الغراس ، وأفتى البلقينى فيمن أجر أرضه مدة بأجرة مؤجلة ثم مات المستأجر قبل أوان الزرع فاستولى آخر وزرع عدوانا بحلول الأجرة بموته وعدم انفساخ الإجارة ، هذا إن لم يضع المتعدى يده وإلا ارتفع

هو ظاهر حيث لم تمض مدة تقابل بأجرة فيحتمل أن المستأجر لايجبر على تفريغها ، وأنه لو رضى بتفريغها واحتاج التفريغ إلى أجرة فيحتمل أنها على المؤجر لأن منفعة التفريغ تعود إليه لانتفاعه بإزالة الضمان عنه واستقرار الثمن (قوله وإن توقف قبضها) قضية قوله قبل لحظة لطيفة أنه لايجبر هنا على تسليمها للمشترى حيث كانت مدة التفريغ تقابل بأجرة أو فيها مشقة لاتحتمل عادة ، ويؤخر المشترى قبض العين إلى انتهاء مدة الإجارة قهرا عليه حيث اشترى عالما بكونها مؤجرة فقد رضى ببقائها فى يده (قوله خلافا لأبى الفرج) ظاهره أن كلام أبى الفرج مصور بما إذا كان البيع لغير المكترى (قوله ويؤيد الأول) يتأمل كون ذلك مؤيدا للأول فإنه إنما يظهر تأييده للثانى : أى وهو مارجحه السبكى (قوله والمدة باقية) أى مدة الإجارة (قوله ويصح فى غير المضر) أى ويتخير

المستأجر كما مر ، وعبارة المحقق الجلال : لأن المنفعة تابعة فى البيع للرقبة (قوله فإن جهل المشترى تخير ولو فى مدة الإجارة) عبارة التحفة ويخير المشترى إن جهل ولو مدة الإجارة كما اقتضاه إطلاقهم ، لكن بحث الأذرعى وغيره بطلان البيع عند جهل المدة انتهت . فقوله ولو مدة الإجارة غاية فى الجهل إشارة إلى رد ما بحثه الأذرعى وكأن الشارح رحمه الله فهم منها غير المراد فتصرف فيها بما ترى (قوله ولو مع الجهل) صوابه فى حالة العلم إذ الجهل بالإجارة لايصح فيه التعميم بعده كما لايخفى (قوله ولو علمها وظن استحقاق الأجرة الخ) عبارة التحفة : ولو علمها وظن استحقاق الأجرة تخير عند الغزالى ورجحه الزركشى لأنه مما يخفى . وقال الشاشى : لايتخير فلو انفسخت الخ ، فآخر العبارة ساقط من نسخ الشارح ، إذ لايصح جعل قوله ولو علمها الخ غاية فيما قبله كما لايخفى (قوله ويؤيد الأول) عبارة التحفة عقب قوله إنها للمشترى نصها : ولو آجر داره مدة ثم استأجرها تلك المدة ثم باعها فهل تدخل المنفعة فى البيع ؟ اختلف فيه جمع متأخرون ، والأوجه نعم قياسا على ماقاله الجلال البلقينى أن الموصى له الخ . وأما ما فى الشارح فغير صحيح (قوله قبل وقوع التخيير) وظاهر أن مثله بعده إذا اختار الإبقاء بالأجرة (قوله وعلى هذا يحمل قول بعضهم الخ) يتأمل

الحلول الذى سببه موت المستأجر ، لأن الحلول إنما يدوم حكمه مادامت الإجارة بحالها ، فإذا مضت المدة ويد المتعدى قائمة فقد انفسخت الإجارة فى الجميع وارتفع الحلول ويلزم المؤجر رد ما أخذه من تركة الميت على ورثته. قال: وهذه مسئلة نفيسة لم تقع لى قط ويستحق المؤجر أجرة المثل على المتعدى وليس للورثة تعلق به اهـ . ويؤيد مامرّ فى الغصب ولو أجر بأجرة مقسطة فكتب الشهود الأجرة إجمالا ثم قسطت بما لايطابق الإجمال ، فإن لم يمكن الجمع تحالفا لأن تعارض ذينك أوجب سقوطهما ، وإن أمكن كأن قالوا أربع سنين بأربعة آلاف كل شهر مائتا درهم وعشرة دراهم حمل على تقسيط المبلغ على أول المدة فيفضل بعد تسعة عشر شهرا عشرة دراهم تقسط على مايخصها من الشهر وهو يوم من أوّل الشهر العشرين وثلاثة أسباع يوم لأن حصة كل يوم سبعة ، وبمعنى ذلك أفتى الوالد رحمه الله تعالى ، وعن ابن الصلاح مايوافقه .

كتاب إحياء الموات

الأصل فيه خبر « من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » وصح أيضا « من أحيا أرضا ميتة فهى له » ولهذا لم يحتج فى الملك هنا إلى لفظ لأنه إعطاء عام منه صلى الله عليه وسلم لأن الله أقطعه أرض الدنيا كأرض الجنة ليقطع منها من شاء ما شاء ومن ثم أفتى السبكى بكفر معارض أولاد تميم فيما أقطعه صلى الله عليه وسلم له بأرض الشام وأجمعوا عليه فى الجملة.

المشترى كما كان يتخير البائع (قوله ويؤيد مامر) أى قريبا فى قول الشارح بعد قول المصنف ولو أكرى عينا مدة الخ أو حبسها أو غصبها الخ (قوله فى الغصب) أى للعين المؤجرة اهـ سم (قوله ثم قسطت بما لايطابق الإجمال) أى أما لو لم تقسط الأجرة على أجزاء المؤجر كما لو قال أجرتك هذه الأرض بكذا على أنها خمسون ذراعا مثلا فبانت دون ذلك لم يسقط من الأجرة شىء فى مقابلة مانقص من الأذرع ، لكن يتخير المستأجر بين الفسخ والإجارة ، فإن فسخ رجع بما دفعه إن كان وإلا سقط المسمى عن ذمته ، ثم إن كان الفسخ بعد مضى المدة أو بعضها استقرّ عليه أجرة مثل مامضى من المدة قبل الفسخ (قوله تحالفا) أى المؤجر والمستأجر ويفسخانها هما أو أحدهما أو الحاكم إن لم يتراضيا بقول أحدهما (قوله على أوّل المدة) أى وما زاد على ذلك لاتتعلق به الإجارة .

كتاب إحياء الموات

(قوله من عمر أرضا) هو بالتخفيف وهو لغة القرآن ، قال تعالى - إنما يعمر مساجد الله - ويجوز فيه التشديد وهذا كله حيث لم تعلم الرواية (قوله وصح أيضا) ذكره بعد الأول لما فيه من التصريح بالاختصاص ، إذ الأوّل يشعر بأن لغيره فيه حقا على مايستفاد من قوله أحق (قوله وأجمعوا عليه) أى على كفر المعارض ، لكن الصحيح عدم تكفيره بالمعارضة إذ غايته انتزاع عين من يد مستحقها . نعم إن حمل على مستحل ذلك فلا يبعد التكفير به

(قوله الذى سببه موت المستأجر) خرج به الحلول الذى سببه مضىّ المدة قبل موته فلا يرتفع كما هو ظاهر .

كتاب إحياء الموات .

(قوله ومن ثم أفتى السبكى بكفر الخ) قال فى التحفة : فى إطلاقه نظر ظاهر (قوله وأجمعوا عليه) أى على إحياء الموات خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ ، وإنما قال فى الجملة لأنهم اختلفوا فى كيفيته وما يحصل به فلم

ويستحب التملك به للخبر الصحيح « من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العوافى » أى طلاب الرزق منها « فهو له صدقة » وهو (الأرض التى لم تعمر قط) أى لم يتيقن عمارتها فى الإسلام من مسلم أو ذمى وليست من حقوق عامر ولا من حقوق المسلمين ، ثم تلك الأرض (إن كانت ببلاد الإسلام فللمسلم) وإن لم يكن مكلفا كمجنون كما صرح به الماوردى والرويانى ، ومرادهما بذلك فيما لا يشترط فيه القصد كما يأتى (تملكها بالإحياء) ويستحب استئذان الإمام ولا يشترط فيه القصد ، وعبر بذلك المشعر به لكونه الغالب . نعم لو حمى الإمام لنعم الصدقة موضعا من الموات فأحياه شخص لم يملكه إلا بإذن الإمام لما فيه من الاعتراض على الأئمة ، ولو تحجر مسلم مواتا ولم يترك حقه ولم تمض مدة يسقط فيها حقه لم يحل لمسلم تملكه وإن كان لو فعل ملكه ،

(قوله ويستحب التملك به) أى الإحياء ، وقوله فله فيها : أى فى إحيائها أجر : أى ثواب (قوله طلاب الرزق) أى من إنسان أو بهيمة أو طير ، وفيه دليل على أن الذمى ليس له الإحياء لأن الأجر لا يكون إلا لمسلم اهـ إسعاد اهـ شيخنا الزيادى . أقول : وقد يمنع دلالته على منع إحياء الذمى ، وقوله فهو له صدقة لا يؤخذ منه التخصيص بالمسلم لأن الكافر له الصدقة ويثاب عليها ، إما فى الدنيا من كثرة المال والبنين ، أو فى الآخرة بتخفيف العذاب كباقى المطلوبات التى لا تتوقف على نية ، بخلاف ما يتوقف عليها فإنه لا يصح خصوصا والتخصيص بالمسلم يقتضى أن الكافر لا يصح إحياؤه وهو فاسد لما يأتى فى المتن فى قوله أو ببلاد كفار الخ ، والأحكام الشرعية الواردة بعمومها تشمل الكفار فإنهم مخاطبون بالفروع على الصحيح ، ولو كان التخصيص فى الخبر مرادا لقيل ببلاد المسلمين تأمل . وفى المصباح الثواب الجزاء ، وأثابه الله فعل له ذلك ، وقال فى الألف مع الجيم أجره الله أجرا من بابى ضرب وقتل وآجره بالمد لغة ثالثة إذا أثابه اهـ فلم يقيد ما يسمى ثوابا بجزاء المسلم فاقتضى أن كل ما يقع جزاء يسمى ثوابا وأجرا سواء كان الفاعل مسلما أو كافرا (قوله وهو) أى شرعا (قوله لم يتيقن عمارتها) يدخل فيه ما تيقن عدم عمارته فى الإسلام وهو ظاهر وما شك فيه وسيأتى عدم جواز إحيائه فى قوله ولو لم يعرف هل هى جاهلية الخ (قوله ولا من حقوق المسلمين) كحافات الأنهار ونحوها (قوله وإن لم يكن مكلفا) أى بشرط تمييزه اهـ شيخنا زيادى لكن يعارضه قول الشارح كمجنون إلا أن يحمل على مجنون له نوع تمييز ، وكتب سم على قول حج ولو غير مكلف شامل لصبى غير مميز اهـ ولم يتعقبه ، ويؤخذ مما سيأتى فى قول الشارح وما لا يفعل عادة إلا لتملك الخ أن محل ملك غير المكلف بالإحياء حيث كان المحيى مما لا يتوقف ملكه على قصد كالدور ، وكتب سم على منهج : أى ولو رقيقا ويكون لسيده اهـ . وهذا فى غير المبعض . أما المبعض . فإن كان بينه وبين سيده مهايأة فهو لمن وقع الإحياء فى نوبته ، وإذا لم تكن مهايأة فهو مشترك بينهما ، ولا يتوقف ملك سيده أو هو على قصد واحد منهما بخصوصه ، بل متى أحيا ما لا يتوقف ملكه على قصد أو قصد التملك فما يتوقف ملكه على قصد كالآبار كان حكمه ما ذكر (قوله كما يأتى) أى فى قوله وما لا يفعل عادة إلا لتملك كبناء دار الخ (قوله ولا يشترط فيه) أى الإحياء ، وقوله القصد : أى على ما يأتى أيضا ، وقوله وعبر بذلك : أى التملك : وقوله المشعر به : أى بالقصد ، وقوله لكونه : أى التملك ، وقوله لم يترك حقه : أى لم يتيقن تركه ،

يجمعوا إلا على مطلق الإحياء (قوله ولا يشترط فيه القصد) أى على الإطلاق بقرينة ما قدمه آنفا (قوله المشعر به)

ويحمل كلامه على الجواز لا على الصحة فلا إيراد (وليس هو) أى تملك ذلك (لذمى) ولا غيره من الكفار بالأولى ، وإن أذن له الإمام لخبر الشافعى وغيره مرسلا « عادىّ الأرض » أى قديمها ، ونسب لعاد لقدمهم وقوتهم « لله ورسوله ثم هى لكم منى » وإنما جاز لكافر معصوم نحو احتطاب واصطياد بدارنا لأن المسامحة تغلب فى ذلك (وإن كانت) تلك الأرض (ببلاد كفار فلهم إحياؤها) مطلقا لأنه من حقوق دارهم ولا ضرر علينا فيه (وكذا لمسلم إن كانت مما لا يذبون) بكسر المعجمة وضمها : أى يدفعون (المسلمين عنها) كموات دارنا بخلاف مايذبون عنه ، وقد صالحناهم على أن الأرض لهم فليس له إحياؤه. أما ما كان بدار الحرب فيملك بالإحياء مطلقا لأنه يجوز تملك عامرها فمواتها بالأولى ولو لغير قادر على الإقامة بها ، وقد علم مما تقرر أنه لا يملك بالاستيلاء فقط إذ لا يمكن زيادته على موات الإسلام ، فقول بعضهم ولعلّ ذكرهم للإحياء لكون الكلام فيه ، وإلا فالقياس ملكه بمجرد الاستيلاء عليه بقصد تملكه كما هو معلوم من صريح كلامهم فى السير اهـ غير سديد ، فما اقتضاه كلام بعض الشراح من أنه يصير بالاستيلاء كالمتحجر غير صحيح لأن العامر إذا ملك بذلك فالموات بطريق الأولى ، نبه عليه السبكى (وما) عرف أنه (كان معمورا) فى الماضى وإن كان الآن خرابا من بلاد الإسلام أو غيرها وإن خصه الشارح ببلاد الإسلام (فلمالكه) إن عرف ولو ذميا أو نحوه وإن كان وارثا نعم ما أعرض عنه الكفار قبل القدرة عليه فإنه يملك بالإحياء كما قاله الماوردى ، ولا ينافيه قولهم الأملاك لا تزول بالأعراض إذ محله فى أملاك محترم . أما الحربى فلكه معرّض للزوال فيزول به ، وإنما لم يكن فيئا أو غنيمة لأن محل ذلك إذا كان ملك الحربى باقيا

وقوله ويحمل كلامه : أى المصنف (قوله لا على الصحة) لعل الأولى يحمل كلامه على الصحة لا على الجواز ، لأن قوله فللمسلم تمليكها يرد عليه أن عمومه يتناول ما يحجره الغير مع أنه يحرم إحياؤه ، فإذا حمل على الصحة اندفع الإيراد لأن الصحة قد تتأتى فى الحرمة (قوله تملك ذلك لذمى) مفهومه أنه إذا أحيا ذلك للإرفاق لا يمنع ، وعليه فينبغى أنه إذا ازدحم مع مسلم فى إرادة الإحياء أن يقدم السابق ولو ذميا ، فإن جاآ معا قدم المسلم على الذمى ، فإن كانا مسلمين أو ذميين أقرع بينهما ، وكذا يقال فيما لو اجتمع مسلم وذمى بدار كفر لم يذبونا عن مواتها ، وقال فى الروض : وإن أحيا ذمى أرضا ميتة : أى بدارنا ولو بإذن الإمام نزعت منه ولا أجرة عليه ، فلو نزعها منه مسلم وأحياها بغير إذن الإمام ملكها ، فلو زرعها الذمى وزهد فيها : أى أعرض صرف الإمام الغلة فى المصالح ولا يحل لأحد تملكها اهـ . قال فى شرحه : لأنها ملك للمسلمين اهـ . وقضيته دخولها فى ملك المسلمين بمجرد زهده فيها بدون تمليك ولا تملك منهم ولا من نائبهم اهـ سم على حج (قوله لله ورسوله) فيه دلالة على ما مرّ أن الله أقطعه أرض الدنيا كأرض الجنة (قوله وإنما جاز لكافر معصوم) مفهومه أن غير المعصوم لا يجوز له ذلك بدارنا ، وأنه إذا فعل لا يملكه وهو ظاهر (قوله ببلاد كفار) أى أهل ذمة اهـ حج . ويؤخذ التقييد بذلك من قول الشارح أما ما كان بدار الحرب الخ (قوله بكسر المعجمة و ضمها) اقتصر فى المختار على الضم فلعله الأفصح وإن أشعر كلام الشارح بخلافه (قوله وقد صالحناهم) هذا القيد ذكره السبكى ، قال : وكذا لو كانت أرض هدنة يراه سم على حج (قوله فيملك بالاحياء مطلقا) دفعنا عنه أولا (قوله فقول بعضهم) هو حج (قوله ولو ذميا) أى أو حربيا وإن ملك كما هو الغالب بالإستيلاء عليه اهـ سم على حج (قوله أو نحوه) كالمعاهد والمؤمن (قوله أملاك محترم) أى شخص محترم (قوله فيزول به) أى الإعراض (قوله إذا كان ملك الحربى باقيا) قد يشكل بما جلوا

أى بالقصد والمشعر هو قوله فللمسلم تمليكها (قوله ويحمل كلامه على الجواز) صوابه : ويحمل كلامه على الصحة لا على الجواز (قوله ولو ذميا) أى أو حربيا كما قاله الشهاب سم ، وحينئذ فكان الأولى أخذه غاية

إلى استيلائنا عليه ولا كذلك هنا (فإن لم يعرف) مالكه دارا كان أو قرية بدارنا (والعمارة إسلامية) يقينا (فمال ضائع) يرجع فيه إلى رأى الإمام من حفظه أو بيعه وحفظ ثمنه واستقراضه على بيت المال إلى ظهور مالكه إن رجى وإلاكان ملكا لبيت المال فله إقطاعه كما فى البحر وجرى عليه فى شرح المهذب فى الزكاة فقال : للإمام إقطاع أرض بيت المال وتمليكها : أى إذا رأى مصلحة سواء أقطع رقبتها أم منفعتها ، لكنه فى الشق الأخير يستحق الانتفاع بها مدة الإقطاع خاصة كما فى الجواهر ، وما فى الأنوار مما يخالف ذلك مردود ، ويؤخذ مما ذكر حكم ماعمت به البلوى من أخذ الظلمة المكوس وجلود البهائم ونحوها التى تذبح وتؤخذ من ملاكها قهرا وتعذر رد ذلك لهم للجهل بأعيانهم وهو صيرورتها لبيت المال فيحلّ بيعها وأكلها كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى (وإن كانت) العمارة (جاهلية) وجهل دخولها فى أيدينا (فالأظهر أنه) أى المعمور (يملك بالإحياء)

عنه خوفا منا فإن استيلاءهم عليه لم يبق إلى دخوله فى أيدينا ، اللهم إلا أن يخص ماهنا بما تركوه من أنفسهم لابسبب المسلمين أصلا ، أما ماتركوه لذلك فاستيلاؤهم عليه باق حكما حتى لو تمكنوا من الرجوع له وأمنوا اغتيال المسلمين رجعوا إليه (قوله وتمليكها) ومنه ماجرت به العادة الآن فى أماكن خربة بمصرنا جهلت أربابها وأيس من معرفتهم فيأذن وكيل السلطان فى أن من عمر شيئا منها فهو له فمن عمر شيئا منها ملكه ، وينبغى أن محله مالم يظهر كون المحيا مسجدا أو وقفا أو ملكا لشخص معين ، فإن ظهر لم يملكه ، وبعد ظهوره فهو مخير كما فى إعارة الأرض للبناء والغراس بين الأمور الثلاثة ، وينبغى أن تلزمه الأجرة للمالك مدة وضع يده .

[فرع] فى فتاوى السيوطى : رجل بيده رزقة اشتراها ثم مات فوضع شخص يده عليها بتوقيع سلطانى ، فهل للورثة منازعته ؟ الجواب : إن كان الرزقة وصلت إلى البائع الأول بطريق شرعى بأن أقطعه السلطان إياها ، وهى أرض موات فهو يملكها ، ويصح منه بيعها ويملكها المشترى منه ، وإذا مات فهى لورثته ، ولا يجوز لأحد وضع اليد عليها لا بأمر سلطانى ولا غيره ، وإن كان السلطان أقطعه إياها وهى غير موات كما هو الغالب الآن فإن المقطع لايملكها بل ينتفع بها بحسب مايقرها السلطان وللسلطان انتزاعها متى شاء ولا يجوز للمقطع بيعها ، فإن باع ففاسد ، وإذا أعطاها السلطان لأحد نفذ ولا يطالب اه . وأقول : ماتضمنه كلامه من أن إقطاع السلطان لغير الموات لايكون على وجه التمليك ممنوع كما يعلم من كلام الشارح ، وحينئذ فإذا أقطعه غير الموات تمليكا فينبغى أن يجرى فيه ما ذكره المجيب فى الشق الأول اه سم على حج . وبقى مالو شك هل هو إقطاع تمليك أو إرفاق ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن الأصل عدم التمليك (قوله للجهل بأعيانهم) أما لو عرف مالكوها فهى باقية على ملكهم فلا يحل بيعها ولا أكلها . نعم لمالكها أن يأخذ منها ماغلب على ظنه أنه حقه ولو بلا إذن من الإمام أونائبه وإلا حرم (قوله فيحل بيعها وأكلها) أى بعد دخولها فى يد وكيل بيت المال وتصرفه فيها بالمصلحة (قوله جاهلية) أى يقينا بقرينة مايأتى ، ولا ينافيه قوله وجهل دخولها فى أيدينا لأن المراد أنا تيقنا كونها فى الأصل

(قوله واستقراضه على بيت المال) الواو فيه بمعنى أو (قوله للإمام إقطاع أرض بيت المال) أى إرفاقا بقرينة عطف وتمليكها عليه ، وإن كان الإقطاع يشمل الإرفاق والتمليك (قوله سواء أقطع رقبتها أم منفعتها) هو عين ما قبله (قوله وتعذر رد ذلك للجهل بأعيانهم) أى بأن لم يعرف أحد منهم كما يعلم من المأخوذ منه ، فليست الصورة أنهم موجودون ، لكن جهل عين ما لكل منهم كما هو الواقع فى جلود البهائم الآن ، إذ حكمها أنها مشتركة بين أربابها

إذ لاحرمة لملك الجاهلية . والثانى المنع لأنها ليست بموات . نعم إن كان بدارهم وذبونا عنه ، وقد صولحوا على أنه لهم لم يملك بالإحياء كما علم مما مر ، ولو لم يعرف هل هى جاهلية أو إسلامية ، قال بعض شراح الحاوى : فى ظنى أنه لايدخلها الإحياء (ولا يملك بالإحياء حريم معمور) لانه ملك لمالك المعمور ، غير أنه لايباع وحده كما قاله أبو عاصم العبادى كما لايباع شرب الأرض وحده ، وما بحثه ابن الرفعة من الجواز ككل ماينقص قيمة غيره فرّق السبكى بينهما بأن هذا تابع فلا يفرد (وهو) أى الحريم (ماتمسّ الحاجة إليه لتمام الانتفاع) وإن حصل أصله بدونه (فحريم القرية) المحياة (النادى) وهو مجتمع القوم للتحدث (ومرتكض) نحو (الخيل) وإن لم يكونوا خيالة خلافا للإمام ومن تبعه ، فقد تتجدد لهم أو يسكن القرية بعدهم من له ذلك ، وهو بفتح الكاف : مكان سوقها (ومناخ الإبل) وإن لم يكن لهم إبل على قياس مامر وهو بضم أوله : مايناخ فيه (ومطرح الرماد) والقمامات والسرجين (ونحوها) كمراح الغنم وملعب الصبيان ومسيل الماء وطرق القرية ، لأن العرف مطرد بذلك وعليه العمل خلفا عن سلف ، ومنه مرعى البهائم إن قرب عرفا منها واستقل كما قاله الأذرعى ، وكذا إن بعد

جاهلية وشككنا فى أنها غنمت للمسلمين قبل أو لم تغنم (قوله قال بعض شراح الحاوى الخ) هذا هو المعتمد ، ولعل وجهه أنا بعمارته علمنا سبق ملكه وشككنا فى مزيله ، بخلاف ماشك فى أصل عمارته فيجوز إحياؤه لأن الأصل عدم العمارة ، ثم ظاهر قوله فى ظنى الخ يشعر بأن المسئلة منقولة لكنه لم يتيقنها ، ويصرح بذلك ماتقله سم من قوله فى تجريد المزجد : إذا شك فى أن العمارة إسلامية أو جاهلية فوجهان كالقولين فى الركاز الذى جهل حاله (قوله لأنه ملك لمالك المعمور) يؤخذ منه أنه لو تعدى أحد بالزراعة أو نحوها فيه لزمه أجرة مثله ويقلع مافعله مجانا ، فإن رضوا ببقائه بالأجرة فقياس منع عدم بيعه وحده عدم جوازه ، إلا أن يفرق بأن المنفعة يتسامح فيها بما لايتسامح به فى تمليك العين ، وأجرة المثل اللازمة له إذا أخذت وزعت على أهل القرية بقدر أملاكهم ممن له حق فى الحريم ، والذى له حق فى الحريم أرباب الأملاك فيستحق كل منهم ماتمس حاجته إليه مما يحاذى ملكه من الجهالة التى هو فيها من القرية مثلا (قوله غير أنه لايباع وحده) أى حيث لم يمكن مالك الدار إحداث حريم لها كالممر على مامر للشارح فى البيع (قوله كما لايباع شرب الأرض) أى نصيبها من الماء (قوله ككل ماينقص قيمة غيره) أى وهو منفصل كأحد زوجى خف فلا ينافى مامر من عدم صحة بيع جزء معين من إناء أو سيف على مامر (قوله ماتمس الحاجة إليه) بأن لايكون ثم مايقوم مقامه ، أما لو اتسع الحريم واعتيد طرح الرماد فى موضع منه ، ثم احتيج إلى عمارة ذلك الموضع مع بقاء مازاد عليه فتجوز عمارته لعدم تفويت مايحتاجون إليه ، وأما لو أريد عمارة ذلك الموضع بتمامه وتكليفهم طرح الرماد فى غيره بجواره ولو قريبا منه فلا يجوز بغير رضاهم ، لأنه باعتيادهم الرمى فيه صار من الحقوق المشتركة وهذا يقع ببلادنا كثيرا فليتفطن له ، وكذا يجوز الغراس فيه لما لايمنع من انتفاعهم بالحريم كأن غرس فى مواضع يسيرة بحيث لايفوت منافعهم المقصودة من الحريم (قوله ونحوها) من الجرين المعدّ لدياسة الحب فيمتنع التصرف فيه بما يعطل منفعته على أهل القرية ، أو ينقصها فلا يجوز زرعه فى غير وقت الاحتياج إليه إن ترتب على زرعه نقص الانتفاع به وقت الاحتياج إليه كأن حصل فى الأرض

كما فى إفتاء النووى الذى مرت الإشارة إليه فى باب الغصب (قوله قال بعض شراح الحاوى فى ظنى الخ) ماظنه هذا البعض جزم به فى الأنوار وصححه الشارح ووالده فى تصحيح العباب ، وعليه فقوله فيما مر يقينا ليس بقيد (قوله وإن حصل أصله) أى أصل الانتفاع بدونه (قوله واستقل) أى بأن كان مقصودا للرعى ، بخلاف ما إذا

ومست حاجتهم له ولو فى بعض السنة فيا يظهر ، ومثله فى ذلك المحتطب ، وليس لأهل القرية منع المارة من رعى مواشيهم فى مراعيها المباحة وحريم النهر كالنيل ماتمس الحاجة له لتمام الانتفاع به وما يحتاج لإلقاء مايخرج منه فيه لو أريد حفره أو تنظيفه فيمتنع البناء فيه ولو مسجدا ويهدم مابنى فيه كما نقل عن إجماع الأئمة الأربعة ، ولقد عمت البلوى بذلك فى عصرنا حتى ألف العلماء فى ذلك وأطالوا لينزجر الناس فلم ينزجروا ، ولا يغير

خلل من أثر الزرع كتكريب يمنع كمال الانتفاع المعتاد فتلزمه الأجرة (قوله فى مراعيها المباحة) قد يخرج المرعى المعدود من الحريم لأن الحريم مملوك كما تقدم اهـ سم على حج (قوله ولو مسجدا ويهدم) أى ومع وجوب هدمه لاتحرم الصلاة فيه لأن غاية أمره أنها صلاة فى حريم النهر وهى جائزة بتقدير عدم البناء فمع وجوده كذلك ، وعليه فلو كان للمسجد المذكور إمام أو غيره من خدمة المسجد أو ممن له وظيفة فيه كقراءة فينبغى استحقاقهم المعلوم كما فى المسجد الموقوف وقفا صحيحا ، لأن الإمامة والقراءة ونحوهما لاتتوقف على مسجد ، واعتقاد الواقف صحة وقفيته مسجدا لايقتضى بطلان الشرح ، وتصح فيه الجمعة أيضا لأنه يشترط لجواز القصر مجاوزة محله فهو كساحة بين الدور فاحفظه فإنه مهم . وفى سم على حج فرعان : أحدهما الانتفاع بحريم الأنهار كحافاتها بوضع الأحمال والأثقال وجعل زريبة من قصب ونحوه لحفظ الأمتعة فيها كما هو الواقع اليوم فى ساحل بولاق ومصر القديمة ونحوها ينبغى أن يقال فيه إن فعله للارتفاق به ولم يضر بانتفاع غيره ، ولا ضيق على المارة ونحوهم ولا عطل أو نقص منفعة النهر كان جائزا ، ولا يجوز أخذ عوض منه على ذلك وإلا حرم ولزمته الأجرة لمصالح المسلمين ، وكذا يقال فيا لو انتفع بمحل انكشف عنه النهر فى زرع ونحوه . والثانى مايحدث فى خلال النهر من الجزائر والوجه الذى لايصح غيره خلافا لما وقع لبعضهم امتناع إحيائها لأنها من النهر أو حريمه لاحتياج راكب البحر والمار به للانتفاع بها لوضع الأحمال والاستراحة والمرور ونحو ذلك ، بل هى أولى بمنع إحيائها من الحريم الذى يتباعد عنه الماء . وقد تقرر عن بعضهم أنه لايتغير حكمه بذلك مر اهـ . ثم هل يتوقف الانتفاع بها على إذن الإمام

لم يستقل مرعى وإن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الإبعاد (قوله ولو مسجدا ويهدم) قال الشيخ فى حاشيته ومع وجوب هدمه لاتحرم الصلاة فيه لأن غاية أمره أنها صلاة فى حريم النهر وهى جائزة بتقدير عدم البناء فمع وجوده كذلك : أى لأنه مأذون فيه من واضعه ومعلوم أن وقف البناء غير صحيح لاستحقاقه الإزالة . وبقى ما إذا مات الواضع فهل يعتبر إذن كل من آل إليه إرث ذلك أو علم رضاه إذ لم يخرج عن الملك بالوضع المذكور كما هو ظاهر ينبغى نعم كذا ظهر لى فليتأمل ، ثم قال الشيخ : وعليه فلو كان للمسجد المذكور إمام أو غيره من خدمة المسجد أو ممن له وظيفة فيه كقراءة فينبغى استحقاقهم المعلوم كما فى المسجد الموقوف وقفا صحيحا لأن الإمامة والقراءة ونحوهما لاتتوقف على مسجد ، واعتقاد الواقف صحة وقفيته مسجدا لايقتضى بطلان الشرط ، وتصح فيه الجمعة أيضا لأنه يشترط لجواز القصر مجاوزة محله فهو كساحة بين الدور ، قال : فاحفظه فإنه مهم اهـ . وهو جدير بما ذكره لنفاسته ، لكن قوله فينبغى استحقاقهم المعلوم لايخفى أن محل استحقاقهم له من حيث الشرط إذا كان الواقف يستحق منفعة ما جعل المعلوم منه ، أما إذا كان لايستحق ذلك بأن كان قد جعل المعلوم من أماكن جعلها بجوانب المسجد أو أسفله فى الحريم أيضا كما هو واقع كثيرا فلا يخفى أنه لا دخل لشرط الواقف فيه لعدم استحقاقه وقفيته ، ثم إن كان من له المعلوم ممن يستحق فى بيت المال جاز له تعاطيه ، لأن منفعة الحريم تصرف لمصالح المسلمين كما مر جوابه ، وإن لم يكن ممن يستحق فى بيت المال فلا يجوز له تعاطيه كما هو ظاهر فتأمل

هذا الحكم كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى وإن بعد عنه الماء بحيث لم يصر من حريمه لاحتمال عوده إليه . ويؤخذ من ذلك أن ماكان حريما لايزول وصفه بزوال متبوعه ويحتمل خلافه (وحريم البئر) المحفورة (فى الموات) للتملك وذكره الموات لبيان الواقع إذ لايتصور الحريم إلا فيه كما يفهمه قوله الآتى والدار المحفوفة الخ ، ويصح أن يحترز به عن المحفورة فى الملك وإن علم أنه لايكون فيه (موقف النازح) للدلاء منها بيده وفى الموات متعلق بما قدرناه الدال عليه لفظ البئر للزومه له أو حال منها لأن المضاف كالجزء من المضاف إليه ، وهل يعتبر قدر موقف النازح من سائر جوانب البئر أو من أحدها فقط ؟ الأقرب اعتبار العادة فى مثل ذلك المحل (والحوض) يعنى مصبّ الماء لأنه كما يطلق على مجتمعه الآتى يطلق عرفا أيضا على مصبه الذى يذهب منه إلى مجتمعه ، فلا تكرار فى كلامه ، ولا مخالفة فيه لما فى الروضة كأصلها (والدولاب) بضم أوّله أشهر من فتحه فارسى معرّب قيل وهو على شكل الناعورة : أى موضعه كما فى المحرر وغيره إن كان الاستقاء به ، ويطلق على مايستقى به النازح وما تستقى به الدابة (ومجتمع الماء) أى الموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض ونحوه كما فى الروضة كأصلها ، وفى المحرر نحوه (ومتردد الدابة) إن استقى بها وملقى مايخرج من نحو حوضها بتوقف الانتفاع بالبئر على ذلك ، ولا حدّ لشىء مما ذكر ويأتى ، بل المعوّل عليه فى قدره على ماتمس إليه الحاجة إن امتدّ الموات إليه وإلا فإلى انتهاء الموات (وحريم الدار) المبنية (فى الموات) وفى ذكره مامر ويصح أن يحترز به عن المحفوفة بملك ، وسيأتى فناؤها وهو ماحوالى جدرها ومصبّ ميازيبها . قال ابن الرفعة : إن كان بمحل يكثر فيه الأمطار و (مطرح الرماد وكناسة وثلج) فى بلده للحاجة إلى ذلك (وممرّ فى صوب الباب) أى جهته ، لكن لا إلى امتداد المواد ، إذ لغيره إحياء ما قبالته إذا أبقى ممرا له ولو مع احتياج إلى ازورار وانعطاف (وحريم آبار القناة) المحياة لا للاستقاء منها (مالو حفر فيه نقص ماؤها أو خيف الانهيار) أى السقوط ، ويختلف باختلاف لين الأرض وصلابتها ، وإنما لم يعتبر هنا مامرّ فى بئر الاستقاء لأن المدار على حفظها وحفظ مائها لاغير ، ولهذا بحث الزركشى جواز البناء فى حريمها بخلاف حفر البئر فيه ، ولا يمنع من حفر بئر بملكه ينقص ماء بئر جاره لتصرفه فى ملكه ، بخلاف ذلك فإنه ابتداء تملك وآبار بهمزة بعد موحدة ساكنة كذا بخط المصنف ، ويجوز

أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى فلا يأثم بذلك وإن لزمت الأجرة (قوله لاحتمال عوده إليه) يؤخذ من ذلك أنه لو أيس من عوده جاز ، وهو ظاهر (قوله لايزول وصفه الخ)معتمد، وقوله بزوال متبوعه أى حيث احتمل عوده كما كان أخذا مما مرّ (قوله متعلق بما قدرناه) ما المانع من تعلقه بالبئر لتأوله بالمشتق أى الحفيرة اهـ سم على حج ، ويمكن أن يقال تقدير الشارح ما ذكر لايمنع من صحة غيره ، لكن حمله على ماذكر أظهر (قوله الأقرب اعتبار العادة) وعلى هذا فيأتى فيه من التخيير ماسنذكره عن الخادم فيما لو حجر زائدا على مايقدر عليه (قوله من نحو حوض) أى الموضع الذى يطرح فيه مايخرج من حوض ونحوه (قوله وإلا فإلى انتهاء الموات) قال ابن حجر : إن كان وإلا فلا حريم كما تقرر اهـ (قوله ومصبّ ميازيبها) هل شرطه اعتياد الميازيب أولا على قياس اعتبار نحو مرتكض الخيل وإن لم يكونوا خيالة على المختار الذى قدمته اهـ سم على حج . أقول : قد يقال الأقرب عدم الفرق بينهما ، فلا يشترط الاعتياد حيث أمكن الاحتياج إليه (قوله وحريم آبار القناة) هذه الآبار توجد بالفيوم ولا نعرفها ببلادنا (قوله لأن المدار) أى هنا (قوله ينقص ماء بئر جاره) لايقال : شرط جواز الفعل إحكام البناء

(قوله فناؤها) خبر قول المتن وحريم (قوله فى بلده) أى الثلج : أى البلد الذى فيه الثلج كالشام

تقديم الهمزة على الموحدة وقلبها ألفا ، والأول أكثر استعمالا قاله الجاربردى (والدار المحفوفة بدور) أو شارع بأن أحييت معا أو جهل الحال فيما يظهر (لاحريم لها) لانتفاء المرجح لها على غيرها . نعم أشار البلقينى واعتمده غيره إلى أن كل دار لها حريم : أى فى الجملة ، قال وقولهم هنا لا حريم لها أرادوا به غير الحريم المستحق : أى وهو مايتحفظ به عن يقين الضرر (ويتصرف كل واحد) من الملاك (فى ملكه على العادة) فى التصرف وإن تضرر به جاره أو أفضى لإتلاف ماله كأن سقط بسبب حفره المعتاد جدار جاره ، إذ المنع من ذلك ضرر لاجابر له (فإن تعدى) فى تصرفه بملكه العادة (ضمن) ماتولد منه قطعا أو ظنا قويا كأن شهد به خبيران كما هو ظاهر لتقصيره ، ولهذا أفتى الوالد رحمه الله تعالى بضمان من جعل داره بين الناس معمل نشادر وشمه أطفال فماتوا بسبب ذلك لمخالفته العادة (والأصح أنه يجوز) للشخص (أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماما) ولفظه مذكر وطاحونة ومدبغة وفرنا (وإصطبلا وحانوته فى البزازين حانوت حداد) وقصار ونحو ذلك (إذا احتاط وأحكم الجدران) إحكاما لائقا بمقصده لتصرفه فى خالص ملكه ولما فى منعه من إضراره . والثانى المنع للإضرار . ورد بأن الضرر لايزال بالضرر ، واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد ، والرويانى أنه لايمنع إلا إن ظهر منه قصد التعنت والفساد

ومن لازم إحكامه عدم نقص ماء بئر جاره . لأنا نقول : إحكام البناء يمنع من سقوط الجدران وانهيار الحوض . وأما نقصان الماء فيجوز أن يكون لتقارب عيون الآبار (قوله وإن تضرر به) ولا ينافيه أن من فتح سردابا بدون إعلام الجيران ضمن ماتلف برائحته من نفس أو مال لجريان العادة بالإعلام قبل الفتح ، فمن فتح بدون إعلام لم يتصرف فى ملكه على العادة بالإعلام فلذا ضمن ، ومن قلى أو شوى فى ملكه مايؤثر إجهاض الحامل إن لم تأكل منه وجب عليه دفع مايدفع الإجهاض عنها ، فإن قصر ضمن ، لكن لايجب دفعه بغير عوض كما فى المضطر ، ولا يجب عليه الإعلام بأنه يريد أن يقلى أو يشوى لأنه غير معتاد فلا يضمن م ر اه سم على حج : أى فيجب عليه الدفع متى علمها وإن لم تطلب ، لكن يقول لها لا أدفع لك إلا بالثمن ، فإن امتنعت من بذله لم يلزمه الدفع ولا ضمان عليه وتضمن هى جنينها على عاقلتها كما أفتى به ابن حجر . ويؤخذ من قوله فإن امتنعت من بذل الثمن أنها لولم تقدر عليه حالا وطلبت منه نسيئة ، فإن كانت فقيرة وجب عليه الدفع بلا عوض لاضطرارها ، وإن لم يكن كذلك ولم يرض بذمتها وامتنع من الدفع ضمن . وقضيته أنه لو أسرج فى ملكه على المعتاد جاز وإن أدى إلى تلويث جدار الغير بالدخان وتسويده به أو تلويث جدار مسجد بجواره ولو مسجده عليه الصلاة والسلام ، كذا قال م ر إنه قضية كلامهم ، ولا شك أن قضية كلامهم بل وقضية جواز الإسراج بما هو نجس وإن أدى إلى ماذكر ، وقد التزمه م ر تارة وتوقف أخرى فيما يلزم منه تلويث المسجد فليحرر اه سم على منهج . أقول : وحيث استند إلى مقتضى إطلاقهم فالظاهر ما التزمه بدون التوقف (قوله ولهذا أفتى الوالد) وقد يشكل على قولهم والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن الخ ، لا أن يجاب بالفرق بين ما اعتيد فعله بين الناس كالمذكورات فى قولهم المذكور وإن لم يعتد فعلها فى ذلك المحل بخصوصه ، وبين مالم يعتد بين الناس مطلقا كما فى هذه الفتوى اه سم على حج (قوله بضمان من جعل) أى خطأ لأنه لم يقصد به شخصا ما (قوله من كل مؤذ لم يعتد) يؤخذ منه حرمة

(قوله ولهذا أفتى الوالد رحمه الله الخ) قال الشهاب سم : وقد يشكل عليه قولهم والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن الخ ، إلا أن يجاب بالفرق بين ما اعتيد فعله بين الناس فى الجملة كالمذكورات فى قولهم المذكور وإن لم يعتد فعلها فى ذلك المحل بخصوصه وبين مالم يعتد فعله بين الناس مطلقا كما فى هذه الفتوى اه

وأجرى ذلك فى نحو إطالة البناء ، وأفهم كلام المصنف أنه يمنع بما الغالب فيه الإخلال بنحو حائط الجار كدق عنيف يزعجها وحبس ماء بملكه تسرى نداوته إليها . قال الزركشي : والحاصل منعه مما يضر الملك لا المالك انتهى . ولا ينافيه مامرّ من عدم المنع من حفر بئر بملكه لأن ذلك فى حفر معتاد وما هنا فى تصرف غير معتاد . فقد نقل رحمه الله تعالى عن الأصحاب أنه يتصرف كل شخص فى ملكه على العادة ولا ضمان إذا أفضى إلى تلفه ، ومن قال يمنع مما يضر الملك دون المالك محله فى تصرف يخالف فيه العادة لقولهم لو حفر بملكه بالوعة أفسدت ماء بئر جاره أو بئرا نقصت ماءها لم يضمن مالم يخالف العادة فى توسيع البئر أو تقريبها من الجدار أو لكون الأرض خوارة تنهار إذا لم تطو فلو لم يطوها فيضمن فى هذه كلها ويمنع منها لتقصيره ، وشمل كلام المصنف مالو كان له دار فى سكة غير نافذة فله جعلها مسجدا أو حانوتا أو سبيلا وإن لم يأذن الشركاء خلافا لبعضهم كما علم ذلك مما مر فى الصلح ، ولو حفر بئرا بموات فحفر آخر بئرا بقربها فنقص ماء البئر الأولى منع الثانى منه ، ووجهه أن الأول استحق حريما لبئره قبل حفر الثانى فمنع لوقوع حفره فى حريم ملك غيره ولا كذلك فيما مر ، ولو اهتز الجدار بدقه وانكسر ماعلق فيه لم يضمن كما قاله القاضى سواء أسقط فى حال الدقّ أم لا خلافا للعراقيين (ويجوز) بلا خلاف (إحياء موات الحرم) بما يفيد ملكه كما يملك عامره بالبيع وغيره بل يسن ، وإن قلنا بكراهة بيع عامرها (دون عرفات) وإن لم تكن منه إجماعا فلا يجوز إحياؤها ولا يملك به (فى الأصح) لتعلق حق الوقوف بها كالحقوق العامة من الطرق كمصلى العيد فى الصحراء أو موارد الماء ، وقد عمت البلوى بالعمارة على شاطئ النيل والخلجان فيجب على ولىّ الأمر ومن له قدرة منع من يتعاطى ذلك . والثانى إن ضيق امتنع وإلا فلا (قلت : ومزدلفة) وإن قلنا المبيت بها سنة (ومنى كعرفة ، والله أعلم) فلا يجوز إحياؤها لما مر مع خبر « قيل يارسول الله : ألا نبنى لك بيتا بمنى يظلك ؟ فقال : لا ، منى مناخ من سبق » ولا يلحق بهما المحصب كما أفاده الولى العراقى وإن استحب للحاجّ بعد نفره المبيت به لأنه ليس من المناسك ولا يقدح فى ذلك كونه تابعا لها ، وقد عمت البلوى بالبناء بمنى وصار ذلك مما لاينكر ، فيجب على ولىّ الأمر هدم مافيها من البناء والمنع من البناء فيها (ويختلف الإحياء بحسب الغرض) المقصود (منه) والشارع أطلقه وليس له حدّ فى اللغة ، فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالحرز والقبض

الوقود بنحو العظم والجلود مما يؤذى ، فيمنع من ذلك حيث كان ثم من يتأذى به (قوله تسرى نداوته) ظاهره أنه لافرق فى ذلك بين كون السريان حالا أو مآلا ، لكنه قال فى الشارح فى آخر باب الصلح ما نصه : ولا منع من غرس أو حفر يؤدى فى المآل يؤدى إلى انتشار العروق أو الأغصان وسريان النداوة إلى ملك غيره ، والمراد أنه لايمنع فى الحال ، ثم إن أدى بعد ذلك إلى انتشار العروق أو النداوة كلف إزالة ما يضر إذا لم تطو أى تبن (قوله ولا كذلك فيما مر) أى فيما له حفرها بملكه (قوله لم يضمن) أى حيث كان دقه معتادا ، ولو اختلف صدق الداقّ لأن الأصل عدم الضمان (قوله بل يسنّ) أى الإحياء (قوله وإن لم تكن منه) أى الحرم (قوله لتعلق حق الوقوف بها) وقياس مايأتى فى المحصب بل أولى أن نمرة كذلك لأن الإقامة بها قبل زوال يوم عرفة من سنن الحج الأكيدة ولتعلق حق النسك اهـ حج . وسيأتى للشارح أنه لايمتنع إحياء المحصب وإن استحب المبيت فيه ، وقياسه أن نمرة كذلك (قوله كونه تابعا) أى للمناسك (قوله وقد عمت البلوى) هذا علم مما تقدم فى قوله وحريم النهر الخ (قوله بحسب الغرض) لو حفر قبرا فى موات فالظاهر أنه إحياء قاله الزركشى ، قال : بخلاف مالو حفره فى أرض

(قوله وإن قلنا بكراهة بيع عامرها) يعنى مكة ، وكأنه توهم أنه قدم ذكرها

وضابطه أن يهيأ كل شيء لما يقصد منه غالبا (فإن أراد مسكنا اشترط) لحصوله (تحويط البقعة) بآجر أو لبن أو قصب على عادة ذلك المكان ، وقضية كلامهما الاكتفاء بالتحويط بذلك من غير بناء ، لكن نص فى الأم على اشتراط البناء وهو المعتمد ، والأوجه الرجوع فى جميع ذلك إلى العادة ، ومن ثم قال المتولى وأقره ابن الرفعة والأذرعى وغيرهما : لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمة وبناء معلف ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة ، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة (وسقف بعضها) ليتهيأ للسكنى ويقع عليها اسم المسكن . نعم قد يهيء موضعا للنزهة فى زمن الصيف ، والعادة فيه عدم السقف فلا يشترط حينئذ (وتعليق باب) أى نصبه لأن العادة فيها ذلك (وفى الباب) أى تعليقه (وجه) أنه لا يشترط لأنه للحفظ والسكنى لا تتوقف عليه (أو زريبة دواب) مثلا (فتحويط) ولا يكفى نصب سعف وأحجار من غير بناء (لا سقف) لأن العادة فيها عدمه (وفى) تعليق (الباب الخلاف) السابق (فى المسكن) والأصح اشتراطه ، ولو شرع فى الإحياء لنوع فأحياه لنوع آخر كأن قصد إحياءه للزراعة بعد أن قصده للسكنى ملكه اعتبارا بالقصد الطارىء ، بخلاف ما إذا قصد نوعا وأتى بما يقصد به نوع آخر كأن حوط البقعة بحيث تصلح زريبة بقصد السكنى لم يملكها خلافا للإمام (أو مزرعة) بتثليث الراء والفتح أفصح (فجمع) نحو (التراب) أو الشوك (حولها) كجدار الدار (وتسوية الأرض) بطم المنخفض وكسح العالى وحرثها إن توقف زرعها عليه مع سوق ما توقف الحرث عليه (وترتيب ماء لها) بشق ساقية من نحو نهر أو بحفر قناة أو بئر أو نحو ذلك ، وفهم من تعبيره بالترتيب عدم اشتراط السقى بالفعل ، فإذا حفر طريقه ولم يبق إلا إجراؤه كفى ، وإن لم يجر فإن هيأه ولم يحفر طريقه كفى أيضا كما رجحه فى الشرح الصغير ، هذا (إن لم يكفها المطر المعتاد) فإن كفاها لم يحتج لترتيب الماء . نعم بطائح العراق يعتبر حبسه عنها عكس غيرها كما ذكره الماوردى والرويانى وغيرهما وأراضى الجبال

سبلت مقبرة فإنه لا يختص به ، ومن سبق بالدفن فيه فهو أحق به صرح بالثانية العماد ابن يونس فى فتاويه انتهى ونقل ذلك فى شرح الروض اه سم على منهج (قوله وتعليق باب) قاله سم على منهج (قوله بحسب العادة الخ [1]) قد يؤخذ من اعتبار العادة أنه لو جرت عادة ناحية بترك تعليق باب للدواب لم يتوقف إحياؤها على باب ولا مانع وفاقا لم ر اه (قوله بقصد السكنى) خرج مالو قصد وقت التحجير السكنى ثم غير قصده إلى نحو الزريبة فيعتد به ويملك مافعله مناسبا لقصده كما يفيده قوله السابق ولو شرع فى الإحياء الخ (قوله نعم بطائح العراق) اسم لمواضع

ر قوله وقضية كلامهما الاكتفاء بالتحويط بذلك من غير بناء الخ) فتأمل هذه السوادة فلعل فيها سقطا من النساخ . وعبارة التحفة عقب قول المصنف تحويط البقعة نصها ولو بقصب أو جريد أو سعف اعتيد ، ومن ثم قال الماوردى والرويانى : إن ذلك يختلف باختلاف البلاد ، واعتمده الأذرعى ، وفى نحو الأحجار خلاف فى اشتراط بنائها ويتجه الرجوع فيه لعادة ذلك المحل وحمل اشتراطه فى كلام الشيخين فى الزريبة على محل اعتيد فيه دون مجرد التحويط كما يدل عليه عبارتهما وهى : لا يكفى فى الزريبة نصب سعف وأحجار من غير بناء لأن المتملك لا يقتصر عليه فى العادة وإنما يفعله المجتاز اه . فأفهم التعليل أن المدار فى ذلك وغيره على العادة ومن ثم قال المتولى وأقره ابن الرفعة والأذرعى وغيرهما : لو اعتاد نازلو الصحراء إلى آخر ما فى الشرح (قوله وأحجار من غير بناء) هو عبارة الشيخين التى قدمتها فى عبارة التحفة ومرمافيها (قوله وأتى بما يقصد به نوع آخر) أى وكان المأتى به مما يقصد للملك وغيره كما فى مثاله

---

(١) قول المحشى (قوله بحسب العادة) لنسخة الشارح التى بأيدينا (لأن العادة فيها ذلك) اه .

التى لايمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفى الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام المصنف فى الروضة كالرافعى ، وجزم به غيرهما (لا الزراعة) فلا تشترط فى إحيائها (فى الأصح) كما لاتشترط سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء، والثانى نعم إذ الدار لاتصير محياة حتى يصير فيها عين مال المحيى فكذا المزرعة (أو بستانا فجمع التراب) حولها إن اعتادوا ذلك بدلا عن التحويط (و) إلا اشترط (التحويط) ولو بنحو قصب (حيث جرت العادة به) إذ الإحياء لايتم بدونه ، وعبارة المصنف محمولة على التنويع لتوافق عبارة الروضة وأصلها (وتهيئة ماء له) إن لم يكفه مطر كالمزرعة (ويشترط) نصب باب و (الغرس) ولو لبعضه بحيث يسمى معه بستانا كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين فى المكان الواسع (على المذهب) إذ لايتم اسمه بدونه بخلاف المزرعة بدون الزرع ، ولا يشترط أن يثمر ، وما يفعل عادة إلا للتملك كبناء دار لايعتبر قصده، بخلاف مايفعل له ولغيره كحفر بئر فإنه يتوقف ملكه على قصده ، وقيل لايشترط الغرس (ومن شرع فى عمل إحياء ولم يتمه) كحفر الأساس (أو علم على بقعة بنصب أحجار أو غرز خشبا) أو جمع ترابا أو خط خطوطا (فمتحجر) عليه : أى مانع لغيره منه بما فعله بشرط كونه بقدر كفايته وقادرا على عمارته حالا (و) حينئذ (هو أحق به) من غيره اختصاصا لا ملكا ، والمراد ثبوت أصل الحقية له إذ لاحق لغيره فيه ولخبر أبى داود « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » فإن زاد على كفايته فلغيره إحياء الزائد كما قاله المتولى ، وما سواه باق تحجره فيه ولو شائعا ، وأما لما لايقدر عليه حالا بل مآلا فلا حق له فيه ، ولما كان إطلاق الأحقية يقتضى الملك المستلزم لصحة البيع وعدم ملك الغير له استدركه بقوله (لكن الأصح أنه لايصح بيعه) ولا هبته كما قاله الماوردى خلافا للدارمى لما مر من أنه غير مالك وحق التملك لايباع كحق الشفعة . والثانى يصح بيعه وكأنه باع حق الاختصاص (و) الأصح (أنه لو أحياه آخر ملكه) وإن أثم بذلك كما لو اشترى على سوم أخيه ومحله حيث لم يعرض وإلا ملكه

يسيل الماء إليها دائما (قوله وجمع التراب) أى ويجوز أن يتكلف نقل الماء إليها أو يحصل مطر زائد على العادة يكفيها (قوله كبناء دار) أى وطاحونة وبستان وزريبة (قوله على قصده) وفائدة ذلك أن ماجرت به العادة بقصده إذا فعله بلا قصد ككونه غير مكاف لم يملكه فلغيره إحياؤه ، بخلاف مالم تجر العادة فى إحيائه بقصد فإنه يملكه بمجرد عمارته حتى لو عمره غيره بعد إحيائه لايملكه (قوله فلغيره إحياء الزائد) قد يسأل عن المراد بكفايته وقد ظهر وفاقا لما ظهر لم ر أن المراد بها ماينى بغرضه من ذلك الإحياء، فإن أراد إحياء دار مسكنا فكفايته مايليق بسكنه وعياله ، وإن أراد إحياء دور متعددة أو قرية يستغلها فى مؤناته لكفايته مايكفيه فى مؤناته ولو قرية كاملة وهكذا سم على منهج (قوله ولو شائعا) وإذا أراد غيره إحياء مازاد هل يجوز له الإقدام عليه من أى محل شاء أو لابد من القسمة بينه وبين الأول ليتميز حق الأول عن غيره أو يخير الأول فيما يريد إحياءه ؟ فيه نظر ، ثم رأيت ما يأتى عن الخادم من التخيير (قوله لو أحياه آخر ملكه) انظر قوله لو أحياه آخر بأن أتم على مافعل الأول الذى شرع ولم يتم هل يملكه بذلك ؟ قال م ر : ظاهر كلامهم أنه لايملكه . أقول : وتصير آلات الأول المبنية منصوبة للثانى

بخلاف ما إذا كان لايقصد إلا للملك فإنه يملك به مطلقا كالدار كما يأتى فى كلامه قريبا (قوله ثبوت أصل الحقية له) قال الأزهرى : أحق فى كلام العرب له معنيان : أحدهما استيعاب الحق كقولك فلان أحق بماله : أى لاحق لغيره فيه ، قال النووى فى التحرير : وهو المراد هنا : والثانى الترجيح وإن كان للآخر فيه نصيب كخبر « الأيم أحق بنفسها » (قوله فإن زاد على كفايته فلغيره إحياء الزائد الخ) عبارة التحفة : أما مازاد على كفايته فلا حق له فيه

المحيى قطعا ، ويحرم عليه نقل آلات المتحجر مطلقا ، والثانى لايملكه لئلا يبطل حق غيره (ولو طالت مدة التحجر) عرفا بلا عذر ولم يحى (قال له السلطان) أو نائبه (أحى أو اترك) ماتحجرته لتضييقه على الناس فى حق مشترك فمنع منه (فإن استمهل) وأبدى عذرا (أمهل مدة قريبة) بحسب رأى الإمام رفقا به ودفعا لضرر غيره ، فإن مضت ولم يفعل شيئا بطل حقه. أما إذا لم يذكر عذرا أو علم منه الإعراض فينزعها منه حالا ولا يمهله كما بحثه السبكى وهو ظاهر . وقضية كلام المصنف أنه لايبطل حقه بمضى المدة بلا مهلة ، وهو ما بحثه الشيخ أبو حامد والقاضى والمتولى ، وهو الأصح خلافا لما جزم به الإمام من بطلانه بذلك لأن التحجر ذريعة إلى العمارة وهى لاتؤخر إلا بقدر تهيئة أسبابها ، ولهذا لايصح تحجر فقير لايقدر على تهيئتها (ولو أقطعه الإمام مواتا) يقدر عليه (صار أحق بإحيائه) بمجرد الإقطاع : أى مستحقا له دون غيره وصار (كالمتحجر) فى أحكامه المارة لأنه صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير رضى الله عنه أرضا من أموال بنى النضير كما رواه الشيخان ، وبحث الزركشى أن ما أقطعه صلى الله عليه وسلم لايملكه الغير بإحيائه كما لاينقض حماه ولاينافى ماتقرر أن المقطع لايملك قول الماوردى إنه يملك لأنه محمول كما فى شرح المهذب على ما إذا أقطعه الأرض تمليكا لرقبتها كما مر ، وأفهم قوله مواتا أنه ليس له إقطاع غيره ولو مندرسا وقد مر مافيه ، وحاصله أنه إن توقع ظهور ملكه حفظ له وإلا صار ملكا لبيت المال فللإمام إقطاعه ملكا أو ارتفاقا بحسب ما يراه مصلحة (ولا يقطع الإمام) أى لايجوز له أن يقطع (إلا قادرا على الإحياء)حسا وشرعا دون ذمى بدارنا (وقدرا يقدر عليه) أى على إحيائه لأنه اللائق بفعله المنوط بالمصلحة (وكذا المتحجر) لاينبغى أن يقطع من مريده إلا فيما يقدر على إحيائه ، وإلا فلغيره إحياء الزائد كما مر ، والأوجه حرمة تحجير زائد على مايقدر عليه لأن فيه منعا لمريد الإحياء بلا حاجة ، ولو قال المتحجر لغيره آثرتك به أو أقمتك مقامى

فللأول أن يطلب نزعها وإذا نزعت لاتنقص ملك الثانى المتم فليحرر اه سم على منهج وقول سم لاينقص ملك الثانى أى إذا كان الباقى بعد نزع آلات الأول لايصلح مسكنا مثلا (قوله نقل آلات المتحجر) أى فإن نقلها أثم ودخلت فى ضمانه ، وقوله قال له : أى وجوبا كما هو ظاهر اه حج (قوله فمنع منه) أى وجوبا كما هو ظاهر (قوله أو علم منه الإعراض) أى صريحا ، وينبغى أن مثل العلم الظن القوىّ سيما مع دلالة القرائن عليه (قوله لأن التحجر) علة لكلام المصنف (قوله لأنه صلى الله عليه وسلم) كأنّ وجه الاستدلال القياس وإلا فالكلام فى إقطاع الموات وأموال بنى النضير ليست منه كما هو ظاهر اه سم على منهج (قوله لايملكه الغير) أى غير المقطع (قوله ذمى بدارنا) أى فيمتنع عليه ذلك مطلقا (قوله لأنه اللائق بفعله) أى فلو أقطعه أزيد من ذلك هل يبطل فى الجميع أو تتفرق الصفقة فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله إحياء الزائد) قال فى الخادم : ينبغى أن يراجع الأول وبقوله اختر لك جهة انتهى . ومراده ينبغى الوجوب وذلك لعدم تمييز الزائد عن غيره ، فلو امتنع من الاختيار فينبغى أن الحاكم يعين جهة لمريد الإحياء ، فإن لم يكن حاكم وامتنع المحيى من الاختيار اختار مريد إحياء الزائد بنفسه (قوله أو أقمتك مقامى) أى ولو بمال فى مقابلة ذلك فيما يظهر ، ويجوز للمؤثر أخذه أخذا مما ذكروه فى جواز أخذ المال فى مقابلة رفع اليد عن الاختصاص كالسرجين ، وبما ذكروه فى النزول عن

بخلاف ماعداه وإن كان شائعا فينبغى تحجره فيه (قوله وقضية كلام المصنف أنه لايبطل حقه بمضى المدة) الأصوب بطول المدة (قوله لأن التحجر ذريعة الخ) تعليل لما جزم به الإمام (قوله أن ما أقطعه صلى الله عليه وسلم) أى إرفاقا .

صار الثانى أحق به . قال الماوردى : وليس ذلك هبة بل تولية وإيثار (والأظهر أن للإمام) ونائبه ولو والى ناحية (أن يحمى) بفتح أوّله : أى يمنع ، وبضمه : أى يجعل حمى (بقعة موات لرعى) خيل جهاد و (نعم جزية) وفىء (وصدقة و) نعم (ضالة و) نعم إنسان (ضعيف عن النجعة) بضم النون وهو الإبعاد فى الذهاب لطلب الرعى ، لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع بالنون وقيل بالباء لخيل المسلمين ، وهو بقرب وادى العقيق على عشرين ميلا من المدينة ، وقيل على عشرين فرسخا ، ومعنى خبر البخارى « لاحمى إلا لله ورسوله » لاحمى إلا مثل حماه صلى الله عليه وسلم بأن يكون لما ذكر ، ومع كثرة المرعى بحيث يكفى المسلمين ما بقى وإن احتاجوا للتباعد للرعى ، وذكر النعم فيما عدا الصدقة للغالب ، والمراد مطلق الماشية . ويحرم على الإمام أخذ عوض ممن يرعى فى حمى أو موات ، ويحرم عليه أن يحمى الماء العدّ بكسر أوّله ، وهو الذى له مادة لاتنقطع كماء عين أو بئر لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرهما (و) الأظهر (أن له) أى الإمام (نقض حماه) وحمى غيره إذا كان النقض (للحاجة) بأن ظهرت المصلحة فيه بعد ظهورها فى الحمى رعاية للمصلحة ، وليس هذا من نقض الاجتهاد . والثانى المنع لتعينه لتلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة . أما ما حماه عليه الصلاة والسلام فلا ينقض ولا يغير بحال لأنه نص بخلاف حمى غيره ولو الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم (ولا يحمى) الإمام ونائبه (لنفسه) قطعا لأن ذلك من خصوصياته صلى الله عليه وسلم ولم يقع ذلك منه ، وليس للإمام أن يدخل مواشيه ماحماه للمسلمين لأنه قوىّ ، ويندب له نصب أمين يدخل دواب الضعفاء ويمنع دواب الأقوياء ، فإن رعاه قوىّ منع منه ، ولا يغرم شيئا ولا يخالفه مامر فى الحج من أن من أتلف شيئا من نبات البقيع ضمنه على الأصح ، لأن ماهنا فى الرعى فهو من جنس ماحمى به ، وما هناك فى الإتلاف بغيره ولا يعزر أيضا ، وحمله ابن الرفعة على جاهل التحريم . قال وإلا فلا ريب فى التعزير انتهى . ويردّ بأنه لايلزم من منعه من ذلك حرمة الرعى ، وعلى التنزل فقد ينتفى التعزير فى المحرّم لعارض ، ولعلهم سامحوا فيه كمسامحتهم فى الغرم .

(فصل) فى حكم المنافع المشتركة

(منفعة الشارع) الأصلية (المرور) فيه لأنه وضع لذلك ، وهذا علم مما مر فى الصلح وذكره توطئة لما بعده . أما غير الأصلية فأشار له بقوله (ويجوز الجلوس به) ولو بوسطه (لاستراحة ومعاملة ونحوهما) كانتظار

الوظائف بعوض ، وحيث وقع ذلك فلا رجوع له بعد لأنه سقط حقه (قوله بحيث يكفى المسلمين مابقى) أى فلو عرض بعد حمى الإمام ضيق المرعى لجدب أصابهم أو لعروض كثرة مواشيهم هل يبطلُ الحمى بذلك أولا ، ويغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل لأن فعله إنما هو للمصلحة وقد بطلت للحوق الضرر بالمسلمين بدوام الحمى (قوله بكسر أوّله) وبالدال المهملة قاله فى الصحاح (قوله من جنس ماحمى به) أى بسببه (قوله ولا يعزر) أى القوى على المعتمد وإن علم التحريم على ما يأتى .

(فصل) فى حكم المنافع المشتركة

(قوله منفعة الشارع الأصلية) فيه دفع إشكال الحصر المتبادر من العبارة وقرينة التقييد اهـ سم على حج

(فصل) فى حكم المنافع المشتركة

رفيق وسؤال ، وله الوقوف فيه أيضا . نعم فى الشامل أن للإمام مطالبة الواقف بقضاء حاجته والانصراف وهو متجه إن تولد من قوله ضرر ولو على ندور ، هذا كله (إذا لم يضيق على المارة) فيه لخبر « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام وإن تقادم العهد » (ولا يشترط إذن الإمام) وشمل كلامه الذمى فيثبت له ذلك كما قاله ابن الرفعة ، وتبعه السبكى ، وليس للإمام ولا لغيره من الولاة أخذ عوض ممن يرتفق بالجلوس فيه سواء أكان ببيع أم لا ، وإن فعله وكلاء بيت المال زاعمين أنه فاضل عن حاجة المسلمين لاستدعاء البيع تقدم الملك وهو منتف ، ولو جاز ذلك لجاز بيع الموات ولا قائل به ، قاله السبكى كابن الرفعة . قال : ولا أدرى بأى وجه يلقى الله من يفعل ذلك . قال الأذرعى : وفى معناه الرحاب الواسعة بين الدور (وله) أى الجالس فى الشارع

(قوله أن للإمام مطالبة الواقف) قضيته عدم جوازه للآحاد ، وينبغى أن محله إذا ترتب عليه فتنة وإلا جاز ، ثم قوله للإمام يشعر بالجواز فقط ، ولعله غير مراد ، فإن ما اقتضته المصلحة يكون واجبا على الإمام . ويمكن الجواب بأن ما أشعر به من الجواز جواز بعد منع وهو لاينافى الوجوب ، وينبغى أنه إذا توقف ذلك على نصب جماعة يطلبون ذلك وجب لأنه من المصالح العامة ، وينبغى أيضا أن مثله الجالس بالأولى .

[فرع] وقع السؤال عما يقع بمصرنا كثيرا من المناداة من جانب السلطنة بقطع الطرقات القدر الفلانى هل ذلك جائز ، وهل هو من الأمور التى يترتب عليها مصلحة لعامة المسلمين فتجب على الإمام ثم على مياسير المسلمين أم لا ؟ والجواب أن الظاهر الجواز ، بل الوجوب حيث ترتب عليه مصلحة ، والظاهر الوجوب على الإمام فيجب صرفه أجرة ذلك من أموال بيت المال ، فإن لم يتيسر ذلك لظلم متوليه فعلى مياسير المسلمين . وأما مايقع الآن من إكراه كل شخص من سكان الدكاكين على فعل ذلك فهو ظلم محض ، ومع ذلك لارجوع له على مالك الدكان بما غرمه إذا كان مستأجرا لها ، لأن الظالم له الآخذ منه والمظلوم لايرجع على غير ظالمه ، وإذا ترتب على فعله ضرر بعثور المارة بما يفعله من حفر الأرض لاضمان عليه ولا على من أمره بمعاونته بأجرة أو بدونها لأن هذا الفعل جائز ، بل قد يجب حيث ترتب عليه مصلحة عامة وإن حصل الظلم بإكراه أرباب الدكاكين على دفع الدراهم ، ثم إن المأمورين إذا بادر بعضهم للفعل بحيث صار المحل الذى حفره حفرة تضر بالمارة بالنزول فيها ثم الصعود منها لايمتنع ذلك عليه وإن كان لو صبر شاركه جيرانه فى الحفر دفعة بحيث تصير الأرض مستوية لايتولد منها ضرر (قوله لخبر لاضرر) أى جائز (قوله وإن تقادم العهد) أى وإن تقادم عهد الإسلام لايتغير الحكم بحيث يحتمل الضرر ، وظاهره أن هذا من تمام الحديث فليراجع ، وفى ابن حجر إسقاط قوله وإن تقادم الخ (قوله ولا يشترط) أى فى جواز الانتفاع به . قال ابن حجر : ولو لذمى أذن الإمام لإطباق الناس عليه بدون إذنه من غير نكير ، وسيأتى فى المسجد أنه إذا اعتيد إذنه تعين فيحتمل أن هذا كذلك ، ويحتمل الفرق بأن من شأن الإمام النظر فى أحوال العلماء ونحوهم دون الجالسين فى الطرق اهـ . أقول : وما ذكره من الفرق ظاهر فلا يتوقف جلوس الذمى فى الشوارع على إذن بل حكمه فى ذلك حكم المسلمين (قوله زاعمين أنه) أى ما أخذ وعوضه (قوله تقدم الملك) أى واستدعاء أخذ الأجرة ملك المنفعة (قوله قال ولا أدرى) أى قال ابن الرفعة اهـ حج (قوله الرحاب الواسعة بين الدور) وحكى الأذرعى قولين فى حل الجلوس فى أفنية المنازل وحريمها بغير إذن ملاكها ،

(قوله وإن تقادم العهد) أى وإن طال زمن الجلوس مثلا كما يعلم من كلام غيره خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ (قوله وإن فعله) يعنى البيع بدليل التعليل .

(تظليل مقعده) أى موضع قعوده فى الشارع (ببارية) بتشديد التحتية كما فى الدقائق ، وحكى تخفيفها : نوع ينسج من قصب كالحصير (وغيرها) مما لا يضر المارة عرفا فيما يظهر كثوب وعباءة لجريان العادة به ، فلو كان مثبتا ببناء كالدكة امتنع ، وله وضع سرير اعتيد وضعه فيه فيما يظهر من تردد فيه ، ويختص الجالس بمحله ومحل أمتعته ومعامليه ، وليس لغيره أن يضيق عليه فيه بحيث يضر به فى الكيل أو الوزن والعطاء ، وله منع واقف بقربه إن منع رؤية أو وصول معامليه إليه لا من قعد لبيع مثل متاعه ولم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة ، وللإمام أو نائبه أن يقطع بقعة من الشارع لمن يرتفق فيها بالمعاملة لأن له نظرا واجتهادا فى أن الجلوس فيها مضر أولا وهذا يزعج من يرى جلوسه مضرا (ولو سبق إليه) أى موضع من الشارع (اثنان) وتنازعا ولم يسعهما معا كما هو ظاهر (أقرع) بينهما وجوبا لانتفاء المرجح ، ولهذا لو كان أحدهما مسلما قدم قاله الدارمى ، لأن انتفاع الذمى بدارنا إنما هو بطريق التبع لنا ، وإن ترتبا قدم السابق (وقيل يقدم الإمام) أحدهما (برأيه) أى اجتهاده كمال بيت المال (ولو جلس) فى الشارع لنحو استراحة بطل حقه بمجرد مفارقته وإن نوى العود أو (لمعاملة) أو صناعة محل وإن ألفه (ثم فارقه تاركا الحرفة أو منتقلا إلى غيره بطل حقه) منه ولو مقطعا كما بحثه الأذرعى (وإن فارقه) أى محل جلوسه الذى ألفه ولو بلا عذر (ليعود) إليه ، ويلحق به مالو فارقه لا بقصد العود (لم يبطل حقه) لخبر مسلم « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » ويجرى هذا فى السوق الذى يقام فى كل شهر أو سنة مرة مثلا (إلا أن تطول مفارقته) ولو لعذر ، وإن ترك فيه متاعه (بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره)

ثم قال : وهذا إنما يأتى إن علم الحريم . أما فى وقتنا هذا فى الأمصار ونحوها التى لا يدرى كيف صار الشارع فيها شارعا فيجب الجزم بجواز القعود فى أفنيتها ، وأنه لا اعتراض لأربابها إذا لم يضر بهم وعليه الإجماع الفعلى انتهى واعتمدوه . بل قال شيخنا : إنه فى الحقيقة كلام أئمتنا ، ولا إشكال فى أن خرق الإجماع الفعلى كالقولى ، وهو الوجه انتهى . وإنما يتجه ذلك فى إجماع فعلى علم صدوره من مجتهدى عصر فلا عبرة بإجماع غيرهم ، وإنما ذكرت هذا لأن الأذرعى وغيره كثيرا ما يعترضون الشيخين والأصحاب بأن الإجماع الفعلى على خلاف ما ذكروه ، فإذا علمت ضابطه الذى ذكرته لم يرد عليهم الاعتراض بذلك لأنه لا يعلم أن ذلك إجماع مجتهدى عصر أم لا . نعم ما ثبت فيه أن العامة تفعله وجرت أعصار المجتهدين عليه مع علمهم به وعدم إنكارهم له يعطى حكم فعلهم كما هو ظاهر فتأمله اهـ حج (قوله تظليل مقعده) قد يشمل إطلاقه الذمى ، ولا يبعد أن يفصل بين التظليل بمثبت فيمتنع كالجناح وغيره كثوب مع إزالتها عند انتهاء الحاجة بلا تضييق فلا يمتنع م ر اهـ سم على حج . أقول : قد يفرق بين الجناح وما هنا بأن فى الجناح استعلاء على من يمر تحته من المسلمين فمنع منه ، وما يظلل به لا يتم انتفاعه إلا به ، فحيث جاز له الانتفاع به فالقياس جواز التظليل مطلقا بالمثبت وغيره . وأما محل الجناح فملك فيدوم حتى بعد موت المخرج له لانتقال الحق فى الملك لورثته ولا كذلك ما هنا (قوله فلو كان مثبتا ببناء) مفهومه أنه إذا كان بغير بناء جاز لكل من المسلم والذمى فعله وفيه ما ذكرناه ، ثم ما ذكر من امتناع الإثبات ببناء صريح فى أنه لا فرق بين إثباته للتملك أو الارتفاق ، وفى كلام سم على حج استنباط من كلام الروض أن بناء البيوت فى حريم الأنهار ، وفى منى إذا كان للارتفاق لا يمتنع ، وهو مخالف لما اقتضاه هذا الكلام ، بل يقتضى جواز بناء المساجد فى حريم الأنهار لأنها لم تفعل للتملك ، وقد تقدم التصريح بامتناعه فليراجع (قوله اعتيد وضعه فيه) أى الشارع (قوله والعطاء) أى الأخذ (قوله وإن ترتبا قدم السابق) ولو ذميا كما هو ظاهر لوجود المرجح وهو السبق ، ونقل مثله عن شيخنا الزيادى (قوله لا بقصد العود) أى ويصدق فى ذلك بيمينه مالم تدل قرينة على خلافه (قوله بحيث ينقطع الخ)

هو لازم لما قبله فيبطل حقه حينئذ ولو مقطعا كما فى أصل الروضة وإن أطال جمع فى رده لانتفاء تعين غرض الموضع من كونه يعرف فيعامل وخرج بجلس لمعاملة مالو جلس لاستراحة أو نحوها فيبطل حقه بمفارقته كما مر. وكذا لو كان جوالا يقعد كل يوم فى موضع من السوق. ويكره الجلوس فى الشارع لحديث أو نحوه إن لم يعطه حقه من غض بصر وكف أذى ورد سلام وأمر بمعروف ونهى عن منكر (ومن ألف من المسجد) وإن لم يكن من المساجد العظام خلافا للأذرعى ، ومثله المدرسة (موضعا يفتى فيه) الناس (أو يقرئ) فيه قرآنا أو علما شرعيا أو آلة له ، أو لتعلم ماذكر كسماع درس بين يدى مدرس لكن بشرط أن يفيد أو يستفيد كما قاله الأذرعى ، وإلا فلا يستحق شيئا (كالجالس فى شارع لمعاملة) فيأتى فيه التفصيل المار بل أولى لأن له غرضا فى ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس ، وحديث النهى عن اتخاذ المساجد وطنا يستحق مخصوص بما عدا ذلك ، وأفهم كلام المصنف عدم اشتراط إذن الإمام ، وهو كذلك ولو لمسجد كبير أو جامع اعتيد الجلوس فيه بإذنه فى أوجه الوجهين لقوله تعالى - وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا - ولغيره الجلوس فى مقعده ، ومحل تدريسه مدة غيبته التى لا يبطل حقه بها لئلا تتعطل منفعة الموضع فى الحال ، وكذا حال جلوسه لغير الإقراء أو الإفتاء فيما يظهر لأنه إنما استحق الجلوس فيه لذلك لا مطلقا وما ذكره المصنف فى المسجد هو المنقول فى الروضة وأصلها عن العبادى والغزالى ، وقال الشيخان : إنه أشبه بمأخذ الباب ، ونقله فى شرح مسلم عن الأصحاب ، وهو المعتمد وإن نوزع فيه (ولو جلس فيه) أى المسجد

ينبغى أن يكون المراد أن تمضى مدة من شأنها أن تقطع الألاف فيها وإن لم ينقطعوا من ابتداء الغيبة اهـ سم على منهج (قوله هو لازم لما قبله) فيه نظر ، إذ قد ينقطعون عنه لعدم حضوره ولا يألفون غيره بل ينتظرون عوده ليعودوا إلى معاملته اهـ سم على حج . وقد يجاب بأن ماذكره الشارح هو الغالب بل قد يقال ماداموا ينتظرونه لا يقال انقطع ألافه (قوله يقعد كل يوم فى موضع) أى فيبطل حقه (قوله من غض بصر الخ) وقد نظم الشيخ ابن حجر آداب الجلوس على الطريق ، فقال :

نظمت آدب من رام الجلوس على الط ... ريق فى قول خير الخلق إنسانا
أفش السلام وأحسن فى الكلام لعا ... وشمت العاطس الحماد إيمانا
فى الحمل عاون ومظلوما أعن وأغث ... لهفان رد سلاما واهد حيرانا
بالعرف مر وانه عن نكر وكف أذى ... وغض طرفا وأكثر ذكر مولانا

أى فإذا وجدت هذه الشروط كان جلوسه مباحا حيث جلس لغرض نفسه واتفق فيه اجتماع الشروط ، فإن قصد بجلوسه الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ونحوهما من القرب كان مندوبا . وقوله فى النظم لعا : أى بأن يقول للعاثر لعا لك عاليا دعاء له بأن ينتعش كذا فى الصحاح ، ويغلب على الظن أن ناظم هذه الأبيات ابن حجر العسقلانى (قوله أو يقرئ فيه الخ) خرج به مالو جلس لقراءة القرآن فلا يصير أحق به ، ومن ذلك قراءة الأسباع التى تفعل بالمساجد مالم يكن الشارط لمحله بعينه الواقف للمسجد ، قال سم على حج : وقد يشمل تعليم القرآن بحفظه فى الألواح انتهى وهو ظاهر (قوله أو لتعلم ماذكر) ومنه المطالعة فى كتاب للتعلم منه فليراجع مر اهـ سم على منهج (قوله التى لا يبطل حقه بها) بأن لم يقصد الإعراض عنه ولا طالت غيبته . وليس من الغيبة ترك الجلوس فيه فى الأيام التى جرت العادة ببطالتها ولو أشهرا كما هو العادة فى قراءة الفقه فى الجامع الأزهر ، ومما لا ينقطع به حقه أيضا مالو اعتاد المدرس قراءة الكتاب فى سنتين وتعلق غرض بعض الطلبة بحضور النصف الأول مثلا فى سنته فلا ينقطع حقه بغيبته فى الثانى (قوله ونقله فى شرح مسلم) من أن الجلوس فيه كالجلوس فى الشارع (قوله ولو جلس فيه)

(لصلاة) وإن لم يدخل وقتها أوكان الجالس صبيا فى الصف الأول فيما يظهر أو استماع حديث أو وعظ ، سواء أكان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس وانتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحوه أم لا كما رجحه فى الروضة (لم يصر أحق به فى غيرها) أى الصلاة ونحوها مما مر لأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب بل ورد النهى عنه ،

أى جلوسا جائزا لا كخلف المقام المانع للطائفين من فضيلة سنة الطواف ثم فإنه حرام على الأوجه ، وبه جزم غير واحد ، وألحقوا به بسط السجادة وإن لم يجلس . قالوا : ويعزّر فاعل ذلك مع العلم بمنعه ، ونوزع فى تحريم الجلوس بما لايجدى ، ومنه الترديد فى المزار خلف المقام ، وردّ بأن المراد به مايصدق عليه ذلك عرفا كما هو ظاهر وأنه موضع من المسجد فكيف يعطل عما وضع المسجد له ، وأن صلاة سنة الطواف لاتختص به ، ويرد بأنه امتاز عن بقية أجزاء المسجد بكون الشارع عينه من حيث الأفضلية لهذه الصلاة ووقوف إمام الجمعة فيه فلم يجز لأحد تفويته بجلوس بل ولا صلاة لم يعينه الشارع لهما من حيث الأفضلية ، وأنه يلزم عليه تعطيل محل من المسجد عن العبادة فيه لاحتمال فعل عبادة أخرى . ويرد بأن محل التحريم كما تقرر فى الجلوس فيه فى وقت يحتاج الطائفون لصلاة سنة الطواف فيه ، والكلام فى جلوس لغير دعاء عقب سنة الطواف لأنه من توابعها اه حج . أقول : وكما يمنع من الجلوس خلف المقام على ماذكر يمنع من الجلوس فى المحراب وقت صلاة الإمام فيه وكذا يمنع من الجلوس فى الصف الأوّل إذا كان جلوسه يمنع غيره من الصلاة فيه أو يقطع الصف على المصلين ، وهل مثل ذلك مالو اعتاد الناس الصلاة فى موضع من المسجد مع إمكان الصلاة فى غيره كبحرة رواق ابن المعمر بالجامع الأزهر فيزعج منه من أراد الجلوس فيه فى وقت يفوت على الناس الجماعة فيه ، فيه نظر ، ولا يبعد الإلحاق فليراجع . وفى سم على حج : فرع : أفتى شيخنا الرملى بجواز وضع الخزانة فى المسجد إذا لم تضيق وحصل بسببها نفع عام كمدرس أو مفت يضع فيها من الكتب مايحتاج إليه فى التدريس والإفتاء انتهى .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما يقع فى قرى مصر من وضع القمح فى الجرين ، هل يستحق من اعتاد الوضع بمحل منه وضعه فى كل سنة بحيث يصير أحق به من غيره حتى لو رأى من سبقه إلى وضع غلته فيه منعه كمقاعد الأسواق أم لا ؟ فيه نظر ، والجواب عنه أن الظاهر أنه لايصير أحق به من غيره ، كمن اعتاد الصلاة بمحل من المسجد لأن الغرض يحصل بالوضع فى جميع المحال كما أن الصلاة تصح فى جميع بقاع المسجد ، ولا نظر إلى أنه قد يتعلق غرضه بموضع منه كقربه من منزله أو بعده عن أطراف المحال التى هى مظنة للسرقة إلى غير ذلك لأن هذه الأغراض لانظر إليها ، كما أنهم لم ينظروا فى بقاع المسجد إلى حصول الثواب بالقرب من الإمام أو كونه بميمنة الصف ونحو ذلك ، ومقاعد الأسواق إنما كان أحق بها لتولد الضرر بانقطاع ألافه عند عدم اهتدائهم لمحله ، فمن سبقه إليه استحقه ، ولا يحصل السبق بوضع علامة فى المحل كما لايحصل الالتقاط بمجرد الوقوف على اللقطة ، وإنما يحصل السبق بالشروع فى شغل المحل كوضع شىء من الزرع الذى يراد وضعه فى المحل بحيث يعدّ أنه شرع فى التجرين (قوله أو استماع حديث) خرج بالاستماع مالو جلس لتعلمه من المحدث بأن قرأه على وجه يبين

(قوله وإن لم يدخل وقتها أوكان الجالس صبيا) هاتان الغايتان إنما يظهر معناهما بالنسبة إلى قول المصنف الآتى، فلو فارقه لحاجة ليعود لم يبطل اختصاصه فى تلك الصلاة الخ لابالنسبة لقوله لم يصر أحق به فى غيرها إذ المناسب فيه غاية إنما هو عكس ماذكر (قوله كما رجحه فى الروضة) أى بحسب ما اقتضاه سياقه ، وإلا فهو فى الروضة لم يصرح بترجيح .

وحينئذ فلا نظر لأفضلية القرب من الإمام أو جهة اليمين وإن انحصر فى موضع بعينه لما تقرر من النهى الشامل لهذه الصورة فزال اختصاصه عنها بمفارقتها بعد الصلاة حتى لا يألفها فيقع فى رياء ونحوه، وفارق مقاعد الأسواق بأن غرض المعاملة يختلف باختلافها ، والصلاة ببقاع المسجد لاتختلف ، واعتراض الرافعى بأن ثوابها فى الصف الأول أكثر رد بأنه لو ترك له موضعه منه وأقيمت لزم عدم اتصال الصف المستلزم لنقصها فإن تسويته من تمامها ومجيئه فى أثنائها لايجبر الخلل الواقع فى أولها وبأن الصف الأول لايتعين له محل من المسجد بل هو مايلى الإمام فى أى محل كان منه ، فثوابه غير مختلف باختلاف بقاعه ، بخلاف مقاعد الأسواق فإنها مختلفة فى ذاتها من حيث اختصاص بعضها بكثرة الواردين فيه وبالوقاية من نحو حر وبرد ، وهذا أولى من الجواب الأول لأنه يلزم قائله التفرقة بين مجيئه قبل فيبقى حقه وبين أن يتأخر عن الإقامة فيبطل حقه، وهم لم يقولوا بذلك . وفارق أيضا بيت المدرسة إذا فارقه ساكنه بأن المسجد لايقصد السكنى فيه ، وإنما تؤلف بقاعه لأجل الصلاة فيها ، بخلاف بيوت المدارس تقصد السكنى بها فاعتبر ما يشعر بالإعراض عنها وهو الغيبة الطويلة (فلو فارقه) ولو قبل دخول الوقت فيما يظهر (لحاجة) كقضاء حاجة ورعاف وتجديد وضوء وإجابة داع (ليعود لم يبطل اختصاصه فى تلك الصلاة) وما ألحق بها (فى الأصح) فيحرم على غيره العالم به الجلوس فيه بغير إذنه وظن رضاه كما هو ظاهر (وإن لم يترك إزاره فيه) لخبر مسلم السابق آنفا ، والثانى يبطل كغيرها من الصلوات . نعم إن أقيمت الصلاة فاتصلت الصفوف فالوجه كما بحثه الأذرعى سد الصف مكانه ، وما استثناه الزركشى من حق السبق ، وهو أنه لو قعد خلف الإمام وليس أهلا للاستخلاف أو كان ثم من هو أحق منه بالإمامة فيؤخر ويتقدم الأحق بموضعه لخبر « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » مردود ، إذ الاستخلاف نادر ولا يختص بمن هو خلفه ، وكيف يترك حق ثابت لمتوهم على أن عموم كلامهم صريح فى رده ، ولا شاهد له فى الخبر ولا غيره كما أفهمه كلام المصنف بفرش سجادة له قبل حضوره فللغير تنحيتها برجله من غير أن يرفعها بها عن الأرض لئلا تدخل فى ضمانه ولو قيل

فيه العلل ومعانى الأحاديث فإنه حينئذ من العلم الشرعى ، وقد تقدم أن الجالس له يصير أحق به ، ومثله فى عدم الاستحقاق بطريق الأولى ما اعتاده بعض الفقراء من اتخاذ موضع فى المسجد للذكر فى كل جمعة مثلا ، فإذا اجتمعوا نظر إن ترتب على اجتماعهم على الهيئة المخصوصة تشويش على أهل المسجد فى صلاتهم أو قراءتهم منعوا مطلقا وإلا لم يمنعوا ماداموا مجتمعين فيه ، فإن فارقوه سقط حقهم حتى لو عادوا فى نظيره من الجمعة الأخرى فوجدوا غيرهم سبقهم إليه لم يجز لهم إقامته منه (قوله لم يبطل اختصاصه) يفيد أن من جلس فى موضع من المسجد لقراءة أو ذكر ثم فارقه لحاجة ليعود لم ينقطع حقه ، وله أن يقيم من جلس مكانه فى ذلك الوقت الذى أراد شغله بتلك القراءة لا فى وقت آخر فليتأمل اهـ سم على حج . أقول : ومنه ما اعتيد من القراءة فى المصاحف التى توضع فى يوم الجمعة أو رمضان أو غيرهما ، فلو أحدث من يريد القراءة فيه فقام ليتطهر لم يبطل حقه منه فى ذلك الوقت وإن لم يترك متاعه فيه ، بخلاف مالو انتهت قراءته فى يوم ففارقه ثم عاد فلا حق له (قوله وما ألحق بها) أى مما اعتيد فعله بعد الصلاة من الاشتغال بالأذكار ونحوها ، أو ما ألحق بها من استماع الحديث والوعظ ونحوهما ، ومثله ما لو أراد صلاة الضحى أو الوتر ففعل بعضها ثم طرأت له حاجة فلا ينقطع حقه بذهابه إليها لأنها كلها تعد صلاة واحدة ، وينبغى أن النفل المطلق مثل ذلك (قوله الجلوس فيه) وينبغى أن المراد بالجلوس على وجه يمنعه منه إذا جاء : أما إذا جلس على وجه أنه إذا جاء قام له عنه فلا وجه لمنعه من ذلك اهـ سم . أقول : وينبغى أن محله حيث لم يؤد جلوسه فيه إلى امتناع الأول من المجىء له حياء أو خوفا وإلا امتنع (قوله لئلا تدخل فى ضمانه)

بحرمة فرشها كما يفعل بالروضة الشريفة وخلف مقام سيدنا إبراهيم صلى الله عليه وسلم وعلى نبينا لم يبعد لما فيه من التضييق على الناس وتحجير المسجد ، ولا نظر لتمكنهم من تنحيتها لأن أكثرهم يهاب ذلك فهو قياس حرمة صوم المرأة بحضرة زوجها وإن كان له قطعه لأنه يهابه على أنه يترتب عليه من المفاسد ما لايخفى ، وخرج بالصلاة جلوسه لاعتكاف ، فإن لم ينو مدة بطل حقه بخروجه ولو لحاجة وإلا لم يبطل حقه بخروجه أثناءها لحاجة كما لو خرج لغيرها ناسيا كما بحثه الشيخ رحمه الله تعالى ، ويسن منع من جلس فيه لمبايعة أو حرفة ويمنع من هو بحريمه إن أضر بأهله ، ويندب منع الناس من استطراق حلق القراء والفقهاء فى الجوامع وغيرها توقيرا لهم (ولو سبق رجل إلى موضع من رباط مسبل) وفيه شرط من يدخله وكذا الباقى (أو فقيه إلى مدرسة) أو متعلم قرآن إلى مابنى له (أو صوفى إلى خانقاه لم يزعج ولم يبطل حقه) منه (بخروجه لشراء حاجة ونحوه) من الأعذار ولو لم يترك متاعا ولا نائبا ويأذن الإمام لعموم خبر مسلم ، وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يكن لذلك ناظر أو استأذنه وإلا فلا حق له ، ويوافقه اعتبار المصنف كابن الصلاح إذنه فى سكنى بيوت المدرسة ولم يعتبر المتولى إذنه فى ذلك ، ويمكن حمله على ما إذا اعتيد عدم اعتباره ، ومتى عين الواقف مدة لم يزد عليها إذا لم يوجد فى اليد من هو صفته لأن العرف يشهد بأن الواقف لم يرد شغور مدرسته ، وكذا كل شرط شهد العرف بتخصيصه كما قاله ابن عبد السلام ، وعند الإطلاق ينظر إلى الغرض المبنى له ويعمل بالمعتاد المطرد فى مثله حالة الوقف لأن العادة المطردة فى زمن الواقف إذا علم بها تنزل منزلة شرطه فيزعج فقيه ترك التعلم وصوفى ترك التعبد ، ولا يزاد فى رباط مارة على ثلاثة أيام مالم يعرض نحو ثلج

قضية قوله من غير أن يرفعها عدم جواز ذلك ، وقوله لئلا تدخل فى الخ يقتضى خلافه ، وهو ظاهر لأنها وضعت بغير حق فلا مانع من إزالتها وإن دخلت فى ضمانه (قوله فإنه لم ينو مدة الخ) قد يؤخذ من هذا التفصيل فى الاعتكاف أنه لو جلس لقراءة مثلا ، فإن لم ينو قدرا بطل حقه بمفارقته وإلا لم يبطل بذلك بل يبطل حقه إلى الإتيان بما قصده وإن خرج لحاجة وعاد اه سم . أقول : وقد يمنع الأخذ بأن المسجد شرط الاعتكاف ، بخلاف القراءة إلا أن يقال الاعتكاف كما يصح فى المحل الذى فارقه يصح فى غيره ، فبقاع المسجد بالنسبة للاعتكاف مستوية (قوله بطل حقه بخروجه) ويصدق فى دعواه نية المدة ليكون أحق من غيره إذا عاد لأن ذلك لايعرف إلا منه ، وظاهره أنه يبطل حقه بخروجه وإن نوى العود حالة الخروج وقد مر فى باب الاعتكاف أنه إذا خرج على نية أن يعود لم يحتج إلى تجديد نية إذا عاد ، وعليه فينبغى أنه لايبطل حقه فى هذه الحالة (قوله ويسن منع من جلس) أى مثلا ، وقوله فيه : أى المسجد ، وقوله أو حرفة : أى لاتليق بالمسجد كخياطة بخلاف نسخ كتب العلم ونحوها (قوله ويمنع من هو الخ) أى فيحرم جلوسه حينئذ للإضرار المذكور (قوله ويندب منع الناس) عبارة حج ويمنع مستطرق لحلقة علم الخ انتهى : أى ندبا أخذا من كلام الشارح (قوله لم يرد شغور مدرسته) أى خلوها (قوله ينزل منزلة شرطه) أى إذ لو أراد خلافه لذكره ، ويؤخذ من ذلك جواب ماوقع السؤال عنه من أنه هل يجوز لنا تمكين الذمى من التخلى والاغتسال فى فسقية المساجد إذا كانت خارجه عن المسجد أو يمتنع وهو الجواز أخذا مما ذكره الشارح ، فإن مثل هذا جار بين الناس من غير نكير فيحمل ذلك على أنه كان فى زمن الواقف وعلمه ولم يشرط فى وقفه مايخالفه .

[فرع] ليس للمسلم دخول كنيسة بغير إذن أهلها اه سم على منهج (قوله ولا يزاد فى رباط مارة على ثلاثة أيام)

(قوله وإلا لم يبطل حقه) أى بأن نوى مدة معينة

أو خوف فيقيم إلى انقضائه ولغير أهل المدرسة ما اعتيد فيها من نحو نوم بها وطهر وشرب من مائها مالم ينقص الماء من حاجة أهلها فيما يظهر ، وأفهم ما ذكره فى العادة أن بطالة الأزمنة المعهودة الآن فى المدارس تمنع استحقاق معلومها حيث لم يعلم شرط واقفها ولا ما يقوم مقامه مما مر ، أما خروجه لغير عذر فيبطل به حقه كما لو كان بعذر وطالت غيبته عرفا ، ولغيره الجلوس فى زمن غيبته التى يبقى حقه معها على نظير مامر .

(فصل)

فى بيان حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض

(المعدن) هو حقيقة البقعة التى أودعها الله تعالى جواهر ظاهرا وباطنا . سميت بذلك لعدون : أى إقامة ما أثبته الله فيها ، والمراد مافيها (الظاهر وهو مايخرج) جوهره (بلا علاج) فى بروزه ، وإنما العلاج فى تحصيله (كنفط) بكسر أوله ويجوز فتحه دهن معروف (وكبريت) بكسر أوله أصله عين تجرى فإذا جمد ماؤها صار كبريتا وأعزه الأحمر ، ويقال إنه من الجواهر ولهذا يضىء فى معدنه (وقار) أى زفت (وموميا) بضم أوله وبالمد وحكى القصر : شىء يلقيه الماء فى بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار ، وقيل حجارة سود باليمن ويؤخذ من عظام موتى الكفار شىء يسمى بذلك وهو نجس أى متنجس (وبرام) بكسر أوله جمع برمة بضمها : حجر يعمل منه قدور الطبخ (وأحجار رحى) ونورة ومدر وملح مائى أو جبلى إن لم يحوج إلى حفر وتعب أو ألحق به قطعة نحو ذهب أظهرها السيل من معدن (لايملك) بقعة ونيلا بالإحياء لمن علمه قبل إحيائه (ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع) بالرفع من نحو سلطان بل هو مشترك بين الناس مسلمهم وكافرهم كالماء والكلإ لما صح « أنه صلى الله عليه وسلم أقطع رجلا ملح مأرب » أى مدينة قرب صنعاء كانت بها بلقيس « فقال رجل : يارسول الله إنه كالماء العد ، قال : فلا إذن » وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل ، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لأخذ سمكها ، وظاهر كلامه نفى

أى إلا إذا لم يكن ثم من يجلس مكانه إذا خرج أخذا مما تقدم فى قوله ومتى عين الواقف الخ (قوله تمنع استحقاق معلومها) أى معلوم أيام البطالة اهـ (قوله ولا مايقوم مقامه) المراد بما يقوم مقامه ماذكره حج فى الوقف من قوله والعبرة فيها : أى البطالة بنص الواقف ، وإلا فبعرف زمنه المطرد الذى عرفه وإلا فبعادة محل الموقوف عليهم (قوله وطالت غيبته عرفا) قال فى الكنز : ولو اتخذه مسكنا أزعج منه اهـ سم : أى على خلاف غرض الواقف من إعداده للصوفية المشتغلين بالعلم ليستعينوا بسكناه على حضور الدرس ونحوه .

(فصل) فى بيان حكم الأعيان المشتركة

(قوله فى بيان حكم الخ) أى وما يتبع ذلك كقسمة ماء القناة المشتركة (قوله والمراد مافيها) أى فيكون مجازا (قوله فإذا جمد) من باب نصر ودخل اهـ مختار (قوله يسمى بذلك) أى وليس هو مرادا هنا كما هو ظاهر لأن الكلام فى المعادن التى تخرج من الأرض (قوله وألحق به) أى المعدن الظاهر (قوله كالماء العد) أى الذى له مادة لاتنقطع كما تقدم له (قوله وللإجماع) أى فلا يختص إذن (قوله وبركة) بكسر الباء كما فى القاموس ،

(قوله وأفهم ما ذكره) أى ابن الصلاح .

(فصل) فى بيان حكم الأعيان المشتركة

(قوله مأرب) بإسكان الهمزة وكسر الراء

إقطاع التملك والارتفاق وهو كذلك وإن قيد الزركشى المنع بالأول ، وذكر فى الأنوار أن من المشترك بين الناس الممتنع على الإمام إقطاعه الأيكة وثمارها وصيد البر والبحر وجواهره ، قال غيره : ومنه مايلقيه البحر من العنبر فهو لآخذه ، وما ذكره فى الأيكة وثمارها يخالفه ما فى التنبيه من أن من أحيا مواتا ملك مافيه من النخل وإن كثر . ويمكن الجمع بحمل الأول على قصد الأيكة دون محلها ، والثانى على قصد إحياء الأرض المشتملة على ذلك فيدخل تبعا ، وعلم من ذلك أن من ملك أرضا بالإحياء ملك مافيها حتى الكلأ ، وإطلاقهما أنه لايملك يمكن حمله على ما ليس فى مملوك وعلى عدم ملكه هو أحق به ، أما إذا لم يعلم إلا بعد الإحياء فيملكه بقعة ونيلا إجماعا على ما حكاه الإمام ، وأما مافيه علاج كما لو كان بقرب الساحل بقعة لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر الملح فيملك بالإحياء وللإمام إقطاعها (فإن ضاق نيله) أى الحاصل منه عن اثنين تسابقا إليه ، ومثله فى هذا الباطن الآتى (قدم السابق) منهما لسبقه ، وإنما يقدم (بقدر حاجته) عرفا فله أخذ ماتقتضيه عادة أمثاله ، ويبطل حقه بانصرافه وإن لم يأخذ شيئا (فإن طلب زيادة) على حاجته (فالأصح إزعاجه) إن زوحم على الزيادة ، لأن عكوفه عليه كالتحجر ، والثانى يأخذ منه ماشاء لسبقه ، وفارق مامر فى نحو مقاعد الأسواق بشدة الحاجة إلى المعادن ، ومحل الخلاف عند انتفاء إضرار الغير ، وإلا أزعج جزما (فلو جاآ) إليه (معا) أو جهل السابق ولم يكفهما الحاصل منه لحاجتهما ، أو تنازعا فى الابتداء (أقرع بينهما فى الأصح) لانتفاء المرجح ، فإن وسعهما اجتمعا ، وليس

ونقل بالدرس عن السيوطى أن فيه لغة بضم الباء (قوله الأيكة) أى وهى الأشجار النابتة فى الأراضى لا مالك لها اهـ حج . وهى أوضح فى المراد من التعبير بالقرية لشمولها للمملوك وغيره وهو لايوافق الجمع الآتى (قوله وأما ما فيه علاج) قضية إفراده بالذكر أنه غير الباطن الآتى ، وعليه فما معنى كونه ليس من الظاهر ولا من الباطن ولكنه يخرج بعلاج إلا أن يقال : المراد أنه ليس فى الأرض نفسها معدن لكن لفساد تربتها إذا دخلها الماء واختلط بتربتها صار الماء المختلط بالتراب ملحا ، فالأرض لامعدن فيها ولكنه يحصل بإجراء الماء إليها فجاز إحياؤها لكون المحيا أرضا مجردة (قوله وللإمام إقطاعها) هل يختص ذلك بالإرفاق قياسا على الباطن الآتى أو يعمه والتمليك ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنها تملك بالإحياء ولو مع العلم بها وليس الباطن كذلك (قوله قدم السابق) أى ولو ذميا ، ونقل عن شيخنا الزيادى مايوافقه (قوله بقدر حاجته) هل المراد حاجة يومه أو أسبوعه أو شهره أو سنته أو عمره الغالب أو عادة الناس من ذلك اهـ سم على حج . أقول : الأقرب اعتبار العمر الغالب كما فى أخذ الزكاة ، وقد يقال بل الأقرب اعتبار عادة الناس ولو للتجارة ، ويفرق بينه وبين الزكاة بأن الناس مشتركون فى المعدن بالأصالة ، بخلاف الزكاة فإن مبناها على الحاجة ومن ثم امتنعت على الغنى بمال أو كسب بخلاف المعدن (قوله فالأصح إزعاجه) أى وعليه فلو أخذ شيئا قبل الإزعاج هل يملكه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأنه حين أخذه كان مباحا (قوله إن زوحم) أى فإن لم يزاحم لم يتعرض له ، لكن مقتضى التعليل بأن عكوفه عليه كالتحجر يقتضى أنه لافرق فإنه مادام مقيما عليه يهاب فلا يقدم عليه غيره وإن احتاج مادام مقيما (قوله أقرع بينهما) أى وجوبا ، ويؤخذ من قوله لانتفاء المرجح أنه لو كان أحدهما

(قوله الأيكة) وهى الأشجار النابتة فى الأرض التى لا مالك لها (قوله على ماحكاه الإمام) التبرى إنما هو بالنسبة لحكاية الإجماع خاصة ، وإلا فالحكم مسلم كما يعلم مما يأتى

لأحد أخذ أكثر من الآخر إلا برضاه قاله فى الجواهر » وهو محمول على أخذ الأكثر من البقعة لا النيل إذ له أخذ الأكثر منه ، ولافرق كما هو ظاهر كلام المصنف بين أخذ أحدهما للتجارة والآخر للحاجة أولا . نعم لو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا قدم المسلم كما بحثه الأذرعى فى نظير مامر فى مقاعد الأسواق . ومقابل الأصح يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج ، وقيل ينصب من يقسم الحاصل بينهما (والمعدن الباطن وهو مالا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ونحاس) ورصاص وفيروزج وعقيق وسائر الجواهر المبثوثة فى الأرض . وعدّ فى التنبيه الياقوت من المعادن الظاهرة ، وجرى عليه الدميرى ، والمجزوم به فى الروضة وأصلها أنه من الباطنة (لايملك) محله (بالحفر والعمل) مطلقا ولا بالإحياء فى موات على مايأتى (فى الأظهر كالظاهر . والثانى يملك بذلك إذا قصد التملك كالموات ، وفرق الأول بأن الموات يملك بالعمارة وحفر المعدن تخريب ، ولأن الموات إذا ملك يستغنى المحيى عن العمل والنيل مبثوث فى طبقات الأرض يحوج كل يوم إلى حفر وعمل وخرج بمحله نيله فيملك من غير إذن الإمام بالأخذ قطعا لاقبل الأخذ على الأصح ، وأفهم سكوته هنا عن الإقطاع جوازه وهو كذلك للاتباع بالنسبة للإرفاق لا للتملك . نعم لا يثبت فيه اختصاص بتحجر كالظاهر (ومن أحيا مواتا فظهر فيه معدن باطن ملكه) بقعة ونيلا لكونه من أجزاء الأرض المملوكة بالإحياء ، وقول بعضهم هنا بخلاف الركاز ليس فى محله ومع ملكه للبقعة يملك مافيها قبل أخذه كما اقتضاه كلام السبكى ، وهو الأوجه خلافا للجوجرى ، وخرج بقوله فظهر المشعر بعدم علمه به حال إحيائه مالو علمه وبنى عليه دارا مثلا فلا يملك شيئا فى أرجح الطريقين لفساد القصد خلافا لما فى الكفاية ، وخرج بالظاهر الباطن فلا يملكه بالإحياء كما علم مما مرّ إن علمه . فإن لم يعلمه ملكه . والحاصل أن المعدنين حكمهما واحد وبقعتهما لايملكها بالإحياء مع علمه ، إذ المعدن لايتخذ دارا ولا مزرعة ولا بستانا ، وتخصيص المصنف المعدن بالذكر لكون الكلام فيه ، وإلا فمن ملك أرضا ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة (والمياه المباحة) بأن لم تملك (من الأودية) كالنيل والفرات ودجلة (والعيون) الكائنة (فى الجبال)

مسلما قدم كما مر ، وسيأتى التصريح به فى كلام الشارح (قوله قاله فى الجواهر) هى للقمولى (قوله قدم المسلم) أى وإن اشتدت حاجة الذمى لأن ارتفاقه إنما هو بطريق التبع لنا (قوله وعد فى التنبيه الياقوت الخ) حمل سم على حج القول بأنه من الظاهر على أن المراد أحجاره ، والقول بأنه من الباطن على نفس الياقوت فليراجع (قوله والعمل) هو أعم من الحفر (قوله بالنسبة للإرفاق) لاينافى هذا مامر فى قوله وظاهر كلامه نفى إقطاع التملك والارتفاق وهو كذلك الخ ، لأن ذاك فى الظاهر وهذا فى الباطن ، وقد يفرق بينهما بأن ماهنا لما كان يحوج إلى تعب لم يكن كالحاصل فجاز إقطاعه للإرفاق بخلاف الظاهر (قوله وقول بعضهم) أى حج (قوله يملك مافيها قبل أخذه) خلافا لحج (قوله فلا يملك شيئا) أى ويلزم بإزالة البناء إن ترتب عليه منع من يريد الأخذ (قوله فى أرجح الطريقين) خلافا لحج (قوله لفساد القصد) وهو حرمان غيره من الانتفاع به (قوله والمياه المباحة الخ) عبارة الروض : وهى أى المياه قسمان : مختصة ، وغيرها ، فغير المختصة كالأودية والأنهار فالناس فيها سواء ، ثم قال : فرع : وعمارة هذه الأنهار من بيت المال ، ولكل : أى من الناس بناء قنطرة ورحى عليها إن كانت فى موات أو فى ملكه ، فإن كانت من العمران فالقنطرة كحفر البئر للمسلمين فى الشارع ، والرحى

(قوله ولأن الموات إذا ملك الخ) عبارة القوت : ولأن الموات إذا ملك لايحتاج فى تحصيل مقصوده إلى مثل العمل الأول بخلاف المعدن (قوله فلا يملك شيئا فى أرجح الطريقين) أى لامن البقعة لما يأتى ، ولا من النيل كما يعلم

ونحوها من الموات وسيول الأمطار (يستوى الناس فيها) لخبر « الناس شركاء فى ثلاث : الماء ، والكلأ ، والنار » وصح « ثلاثة لايمنعن : الماء والكلأ والنار » فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام إقطاعها بالإجماع وعند الازدحام مع ضيق الماء أو مشرعه يقدم الأسبق وإلا أقرع بينهما ، وليس للقارع تقديم دوابه على الآدميين ، إذ الظامئ مقدم على غيره وطالب الشرب على طالب السقى ، وما جهل أصله وهو تحت يد واحد أو جماعة لايحكم عليه بالإباحة لأن اليد دليل الملك . ومحله كما قاله الأذرعى إذا كان منبعه من مملوك لهم ، بخلاف مامنبعه بموات أو يخرج من نهر عام كدجلة فإنه باق على إباحته ، ويعمل فيما جهل قدره ووقته وكيفيته فى المشارب والمساقى وغيرها بالعادة المطردة لأنها محكمة فى هذا وأمثاله ، والأوجه أن من لأرضه شرب من ماء مباح فعطله آخر بأن أحدث ماينحدر به الماء عنه تأثيم فاعله ، ولا يلزمه أجرة منفعة الأرض مدة تعطيلها لو سقيت بذلك الماء أخذا مما مر فى المساقاة ، وقد جرى جمع متأخرون على أنه لو كان لثلاثة ثلاث مساق من ماء مباح أعلى وأوسط وأسفل

يجوز بناؤها إن لم يضر بالملاك انتهى . وفيه أمور : منها أنه يستفاد جواز ماجرت به العادة من بناء السواقى بحافات النيل لقوله لكل بناء قنطرة ورحى عليها ، بل وبحافات الخليج بين عمران القاهرة لقوله والرحى يجوز بناؤها الخ . ومنها أنه ينبغى تقييد جواز الرحى فى الموات بأن لايضر المنتفع بالنهر لأن حريم النهر لايجوز التصرف فيه بما يضر فى الانتفاع به كما تقرر . ومنها أنه قد يشكل جواز بناء القنطرة والرحى فى الموات والعمران بامتناع إحياء حريم النهر والبناء فيه إلا أن يجاب بأن الممتنع التملك بالإحياء . وأما مجرد الانتفاع بحريمه بشرط عدم الضرر فلا مانع منه وقد يقتضى هذا جواز بناء نحو بيت فى حريمه للارتفاق حيث لاتضرر لأحد به ، ويجرى ذلك فى بناء بيت بمنى لذلك حيث لاتضرر به . ومنها أن قضية إطلاقه أنه لافرق فى جواز ذلك فى الموات بين أن يفعله لنفسه خاصة : أو لعموم الناس ، وقضية ذلك أنه يجوز له بناء القنطرة ومنع الناس من المرور عليها لكن عبر فى الروضة بقوله قنطرة لعبور الناس اهـ . وقال فى الرحى بين العمران إذا لم تضر ، وأصحهما : أى الوجهين الجواز كإشراع الجناح فى السكة النافذة اهـ فليتأمل اهـ سم على حج (قوله الماء والكلأ) عبارة المحلى : فى الماء (قوله أو مشرعه) أى طريقه (قوله مقدم على غيره) أى ولو أدى ذلك إلى هلاك الدواب حيث كان الآدمى مضطرا (قوله ماء منبعه بموات) بقى مالو جهل منبعه اهـ سم . أقول : الأقرب أنه لو جهل أصله (قوله فإنه باق على إباحته) أى مالم يدخل لمحل يختص به أخذا مما يأتى فى قوله وكالأخذ فى إناء سوقه لنحو بركة أو حوض الخ (قوله مدة تعطيلها) هذا قد يخالف مامر فى أول الغصب من قوله ومداره : أى الغصب على العرف فليس منه منع المالك من سقى زرعه أو ماشيته حتى تلف فلا ضمان لانتفاء الاستيلاء سواء أقصد منعه عنه أم لا على الأصح ، وفارق هذا هلاك ولد

مما يأتى أيضا من أن حكم المعدنين واحد (قوله إذ الظامئ مقدم على غيره) كان حق التعليل إذ الآدمى مقدم على غيره ، وعبارة التحفة : وعطشان على غيره وطالب شرب على طالب سقى (قوله فإنه باق على إباحته) أى إذ الصورة أنه يدخل إليهم بنفسه بلا سوق فلا ينافيه ما سيأتى فى قوله وكالأخذ فى إناء سوقه لنحو بركة أو حوض مسدود ، فما هنا موافق لقوله الآتى أيضا وخرج بما تقرر دخوله فى ملكه بنحو سيل ولو بحفر نهر حتى دخل وأما قول الشيخ فى حاشيته قوله أى الشارح فإنه باق على إباحته : أى مالم يدخل بمحل يختص به أخذا مما يأتى فى قوله وكالأخذ فى إناءسوقه لنحو بركة أوحوض الخ اهـ . فيقال فيه هذا الأخذ لم يصح لاختلاف المأخذ الذى أشرت إليه المعلوم مما يأتى فى كلام الشارح على أن حمله المذكور لايصح إذ هو عين المسئلة هنا كما يعلم بالتأمل

فأراد ذو الأعلى أن يسقى من الأوسط برضا صاحبه كان لذى الأسفل منعه لئلا يتقادم ذلك فيستدل به على أن له شربا من الأوسط ، وأنه لو كان له أرضان عليا فوسطى وبسفلى لآخر شرب من مباح كذلك فأراد أن يجعل للثانية شربا مستقلا ليشربا معا ثم يرسل لمن هو أسفل منه وأراد هذا منعه أنه ليس له منعه إذ لاضرر عليه وليس فيه تأخير لسقى أرضه ، بل ربما يكون وصول الماء إليه إذا شربا معا أسرع منه إذا شربا مرتبا (فإن أراد قوم سقى أرضهم) بفتح الراء بلا ألف (منها) أى المياه المباحة (فضاق سقى الأعلى) وإن زاد على مرة لأن الماء مالم يجاوز أرضه هو أحق به مادامت له به حاجة (فالأعلى) وإن هلك زرع الأسفل قبل انتهاء النوبة إليه فإن اتسع سقى من شاء ماشاء ، هذا كله إن أحيوا معا أو جهل الحال . أما لو كان الأسفل أسبق إحياء فهو المقدم ، بل له منع من أراد إحياء أقرب منه إلى النهر وسقيه منه عند الضيق كما اقتضاه كلام الروضة وصرح به جمع لئلا يستدل بقربه بعد على أنه مقدم عليه ثم من وليه فى الإحياء وهكذا ، ولا عبرة حينئذ بالقرب من النهر . وعلم من ذلك أن مرادهم بالأعلى المحيى قبل الثانى وهكذا لاالأقرب إلى النهر ، وعبروا بذلك جريا على الغالب من أن من أحيا يتحرى قربها من الماء ما أمكن لما فيه من سهولة السقى وخفة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء ، ولو استوت أرضون فى القرب للنهر وجهل المحيى أولا أقرع للتقدم (وحبس كل واحد الماء حتى يبلغ الكعبين) لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك ، والمراد بما ذكر كما بحثه الأذرعى جانب الكعب الأسفل ومخالفة غيره له محتجا بآية الوضوء مردودة بأن الدال على دخول المغيا فى تلك خارجى وجد ثم لاهنا . والتقدير بهما هو ما عليه الجمهور وما اعترض به

شاة ذبحها بأنه ثم أتلف غداء للولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه هنا ، وبهذا الفرق يتأيد ما يأتى عن ابن الصلاح وغيره قبيل قوله والأصح أن السمن ، ويأتى قبيل قول المصنف فإن أراد قوم سقى أراضيهم فيمن عطل شرب ماء الغير مايؤيد ذلك ، وأراد بما نقله عن ابن الصلاح ماذكره حج من قوله : وأفتى أيضا ابن الصلاح بضمان شريك غور ماء عين ملك له ولشركائه فيبس ما كان يسقى بها من الشجر . وقد يقال ماتقدم عن ابن الصلاح مفروض كما هو ظاهر كلامه فيما أدى حبسه إلى فساد الشجر نفسه ، وماهنا فيما لو عطل منفعة الأرض بأن أيبسها بحيث لاتصلح للزراعة (قوله كذلك) أى له ثلاث مساق ، وقوله وأراد هذا اسم الإشارة راجع إلى قوله ثم يرسل إلى أسفل منه (قوله وإن زاد على مرة) وظاهره وإن تلف زرع غيره فى مدة سقيه ، وسيأتى ذلك فى قوله وإن هلك الخ (قوله بل منع من أراد إحياء أقرب منه) فى الخادم : فرع أرض لها شرب من نهر فقصد مالكها حفر ساقية إلى نهر من جانب آخر لا استحقاق له فيه وسده فهل له ذلك كنظيره من الأبواب إلى الشارع لم يتعرضوا له اهـ ؟ قلت : ويتجه أن يقال إن لزم من ذلك تضييق على السابقين بالإحياء المستحقين السقى من الجانب الآخر أو كونه أقرب إلى ذلك النهر منهم امتنع ، وإلا فلا أخذا مما تقرر فتأمل اهـ سم على حج (قوله من أن من أحيا) أى أولا (قوله هو ماعليه الجمهور) عبارة حج : واعترضوا بأن الوجه أنه قد يرجع فى قدر السقى للعادة والحاجة لاختلافهما زمنا ومكانا ، فاعتبرت فى حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم والخبر جار على عادة أهل الحجاز قبيل النخل إن أفردت كل بحوض فالعادة ملؤه وإلا اتبعت تلك الأرض اهـ : ولا حاجة لهذا التفصيل الخ اهـ .

(قوله كان لذى الأسفل منعه) كأنه لأنه لايصير شريك أربعة فى المعنى بعد أن كان شريك اثنين ، ولعل الصورة عند الضيق . واعلم أن الشهاب حج نظر فى هذا الحكم (قوله وسقيه منه) الظاهر أنه معطوف على من فى قوله

من كون الوجه الرجوع فى السقى للعادة والحاجة لاختلافهما زمنا ومكانا ، فاعتبرت فى حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم ، والخبر جار على عادة الحجاز ، فقد قيل إن النخل إن أفردت كل بحوض فالعادة ملؤه وإلا اتبعت عادة تلك الأرض ، يقال عليه لاحاجة لهذا التفصيل لأن كلا من قسميه لم يخرج عن العادة فى مثله فكلامهم شامل له (فإن كان فى الأرض) الواحدة (ارتفاع) من طرف (وانخفاض) من طرف (أفرد كل طرف بسقى) لئلا يزيد الماء فى المنخفضة على الكعبين لو سقيا معا فيسقى أحدهما حتى يبلغهما ثم يسد عنها ويرسله إلى الآخر ، والظاهر كما قاله السبكى أنه لايتعين البداءة بالأسفل بل لو عكس جاز ، ومرادهم أن لاتزيد المستقلة على الكعبين كما مرّ وهو واضح (وما أخذ من هذا الماء) المباح (فى إناء ملك على الصحيح) بل حكى ابن المنذر فيه الإجماع ، ولا يصير بإعادته إليه شريكا باتفاق الأصحاب ، والأوجه عدم حرمة صبه عليه ، والفرق بينه وبين رمى المال فيه ظاهر ، وكالأخذ فى إناء سوقه لنحو بركة أو حوض مسدود ، وكذا دخوله فى كيزان دولاب كما أفتى به ابن الصلاح . والثانى لايملك الماء بحال بل يكون بإحرازه أولى به من غيره ، وخرج بما تقرر دخوله فى ملكه بنحو سيل ولو بحفر نهر حتى دخل فلا يملكه بدخوله . نعم هو أحق به من غيره ، بل جريا فى موضع على أنه يملكه ، ويمكن حمله على ما إذا أحرز محله بالقفل عليه ونحوه (وحافر بئر بموات الارتفاق) لنفسه بشربه أو شرب دوابه منه لا للتملك (أولى بمائها) من غيره فيما يحتاجه منه ولو لسقى زرعه (حتى يرتحل) لسبقه إليه ، فإن ارتحل بطلت أحقيته وإن عاد . ومحله كما قاله الأذرعى مالم يرتحل بنية العود ولم تطل غيبته . وأما حفرها لارتفاق

وهى أوضح من عبارة الشارح (قوله من كون الوجه الرجوع) معتمد (قوله فاعتبرت) أى الحاجة (قوله فى إناء ملك فى الأصح) ظاهره ولو كان الآخذ له غير مميز ، وعليه فانظر الفرق بين هذا وما تقدم فى الإحياء من اشتراط التمييز فى المحيى بناء على ماتقدم عن شيخنا الزيادى . والجواب أما أولا فيحتمل أن الشارح لايرى ذلك القيد بدليل تمثيله ثم بالمجنون . وأما ثانيا فيجوز أن يقال هذا لما كان الانتفاع به بإعدامه والمقصود منه النفع به حتى للدواب التى لاقصد لها ولا شعور توسعوا فيه فلم يشترطوا فى تملكه تمييزا ولا غيره . ويؤيد الثانى أنهم جوّزوا للذمى أخذ الحطب ونحوه من دارنا قالوا لأن المسامحة تغلب فى ذلك ، وعلى هذا فما يقع من إرسال الصبيان للإتيان بماء أو حطب الملك فيما أتوا به للمرسل حيث كان له ولاية عليهم تجوّز استخدامه لهم فى مثل ذلك ، وإن لم يرسله أحد أو أرسله غير وليه المذكور فالمالك فيه له فيحرم على غيره ولو والدا أخذه إلا إذا رأى المصلحة فالمالك فى أخذه وصرف بدله أو هو على الصبى (قوله عدم حرمة صبه) أى بخلاف السمك فإنه يحرم إلقاؤه فيه بعد أخذه كما شمله قوله الآتى رمى المال . والفرق بينهما أن رد السمك إليه بعد يعدّ تضييعا له لعدم تيسر أخذه كل وقت بخلاف الماء (قوله ظاهر) وهو أن ذلك يعدّ ضياعا له ، بخلاف الماء فإنه يتمكن من أخذه منه أىّ وقت أراده وإن لم يكن خصوص مراده (قوله فى كيزان دولابه) فى تجريد المزجد فى الأنوار أنه لو غصب كوزا وجمع فيه ماء

منع من أراد السقى : أى وله منعه من السقى لو أحيا (قوله يقال عليه الخ) لايخفى أن صريح هذا السياق أن هذا رد للاعتراض وليس كذلك. وحاصل ما فى هذا المقام أن الشهاب حج لما تمم الكلام على التقدير بالكعبين قال : والتقدير بهما هوماعليه الجمهور. واعترضوا بأن الوجه إلى قوله والخبر جار على عادة الحجاز ، وأقرّ الاعتراض ثم قال عقبه : قيل النخل إن أفرد ، إلى أن قال : ولا حاجة لهذا التفصيل الخ ، فقوله ولا حاجة راجع للقيل خاصة كما لايخفى. والشارح رحمه الله تصرّف فى عبارته بماترى من غير تأمل (قوله وخرج بما تقرر دخوله فى ملكه)

المارة أو لا بقصد نفسه ولا المارة فهو كأحدهم فيشترك الناس فيها ولو مع عدم تلفظه بوقفها كما صرح به الصيمرى والماوردى ، ويمتنع عليه سدها وإن حفرها لنفسه لتعلق حق الناس بها فلا يملك إبطاله (والمحفورة) فى الموات (للتملك) أو المحفورة بل والتابعة بدون حفر (فى ملك يملك) حافرها وملك محلها (ماءها فى الأصح) إذ هو نماء ملكه كالثمرة واللبن والشجر النابت فى ملكه ، والثانى لايملكه للخبر المار ويجرى الخلاف كما قاله الماوردى فى كل ماينبع فى ملكه من نفط وملح كما علم مما مر ، وإنما جاز لمكترى دار الانتفاع بماء بئرها لأن عقد الإجارة قد يملك به عين تبعا كاللبن (وسواء ملكه أم لا لايلزمه بذل مافضل عن حاجته) ولو لزرعه (لزرع) وشجر لغيره ، أما على الملك فكسائر المملوكات ، وأما على مقابله فلأنه أولى به لسبقه (ويجب) بذل الفاضل عن حاجته الناجزة كما قيد به الماوردى . قال الأذرعى : ومحله إن كان مايستخلف منه يكفيه لما يطرأ بلا عوض قبل أخذه فى نحو إناء (لماشية) إذا كان بقربه كلأ مباح ولم يجد صاحبها ماء آخر مباحا (على الصحيح) بأن يمكنه من سقيها منه حيث لم يضر زرعه ولا ماشيته ، وإلا فمن أخذه أو سوقه إليها حيث لاضرر فيما يظهر لحرمة الروح ومحله عند انتفاء الاضطرار ، وإلا وجب بذله لذى روح محترمة كآدمى وإن احتاجه لماشيته وماشيته وإن احتاجه لزرع وقيل يجب للزرع كالماشية وقيل لايجب للماشية كالماء المحرز ولا يجب بذل فاضل الكلأ لأنه لايستخلف فى الحال ويتمول

مباحا ملكه ذكره فى باب الغصب اه سم (قوله ويمتنع عليه سدها) هذا ظاهر فيما لو كان الحافر مكلفا . وأما غيره فلا يملك بالحفر وإن قصد نفسه ، وعليه فلو اتفق حفره لبئر فهل تنزل منزلة ماحفره المكلف بلا قصد فتكون وقفا لعامة الناس أو يلغى فعله فيه نظر ، والأقرب الأول لأنه حيث صار وقفا مع عدم القصد له من المكلف فلا يبعد تنزيل غيره منزلته فى ذلك ، ويؤخذ من كلام الشارح أنه لو فعل فى الماء مايفسده قبل ارتحاله كتغوطه فيه عمدا امتنع عليه ذلك (قوله فى ملك يملك) ولو وقف المالك أرضا مثلا بها بئر استحق الموقوف عليه ماء البئر لينتفع به على العادة ، وله منع غيره منه حيث احتاج إليه كما فى الملك ، ولو كانت البئر مشتركة بين اثنين لوقف أو ملك اقتسما ماءها على حسب الحصص إن لم يف بحاجتهما (قوله وقيل يجب للزرع الخ) وسكتوا عن البذل لنحو طهارة غيره وينبغى أن يجب أيضا ، لكن هل يقدم على شرب ماشيته وزرعه اه سم على حج ؟ أقول : نعم ينبغى أن يقدم الماشية ويدل له ماصرحوا به فى التيمم من أن من أسباب التيمم احتياجه لعطش حيوان محترم ولو

أى من غير سوق ففارق ماقبله (قوله ولو لزرعه) لا موقع لهذه الغاية هنا كما لايخفى على متأمل ، إذ الحكم أنه لايلزمه بذل ماء وإن فضل عن حاجته فأى حاجة إلى بيان الحاجة ، وإنما تظهر هذه الغاية بالنسبة لقول المصنف الآتى ويجب لماشية فكان الأولى تأخيرها هناك (قوله وأما على مقابله) أى الارتفاق المذكور قبله فى كلام المصنف (قوله بلاعوض) متعلق ببذل وكذا قوله قبل كما نقله الشهاب سم عن الشهاب حج الذى العبارة له فى تحفته ، وإنما لم يجعل قوله قبل أخذه قيدا فى البذل : أى إنما يجب عليه بلا عوض حيث لم يأخذ فى إناء : أى أما إذا أخذه فيه فإنما يجب عليه بعوض ، لأن الصورة هنا أنه لا اضطرار فلا يجب عليه بذله ولو بعوض (قوله كلإ مباح) الظاهر أن المباح هنا وفيما بعده ليس بقيد فليراجع (قوله وإلا وجب بذله لذى روح محترمة) قال الشهاب سم فى حواشى التحفة : يدخل فى ذى الروح المحترمة الماشية فيقدم : أى الآدمى على حاجة ماشيته ، فعلى

فى العادة وزمن رعيه يطول بخلاف المـاء ، وحيث وجب البذل لم يجز أخذ عوض عليه ، ولا يجب على من وجب عليه البذل إعارة آلة الاستقاء ، ويشترط فى بيع المـاء تقديره بكيل أو وزن لا برىّ المـاشية والزرع ، والفرق بينه وبين جواز الشرب من ماءالسقاء بعوض أن الاختلاف فى شرب الآدمى أهون منه فى شرب المـاشية والزرع ، وجوّز ابن عبدالسلام الشرب وسقّى الدوابّ من نحو جدول مملوك لم يضر بمالكه إقامة للإذن العرفى مقام اللفظى ثم توقف فيما إذا كان لنحويتيم أو وقف عام ، ثم قال ولا أرى جواز ورود إلف إبل جدولا ماؤه يسير انتهى . والظاهر الجواز للعلم به من قوله أوّلا لم يضر بمالكه (والقناة) أو العين (المشتركة) بين جماعة لايقدم فيها أعلى على أسفل ولا عكسه بل (يقسم ماؤها) المملوك الجارى من بئر أو نهر قهرا عليهم إن تنازعوا وضاق ، لكن على وجه لايتقدم شريك على شريك ، وإنما يحصل ذلك (بنصب خشبة) مثلا متساو أعلاها وأسفلها بمحل مستو ، وألحق بالخشبة ونحوها بناء جدار به ثقب محكمة بالجص (فى عرض النهر) أى فم المجرى فيها ثقب (متساوية أو متفاوتة على قدر الحصص) من القناة ونحوها لأنه طريق على استيفاء كل واحد حصته ، وعند تساوى الثقب وتفاوت الحقوق أو عكسه يأخذ كل بقدر حصته ، فإن جهل قدر الحصص قسم على قدر الأراضى لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك ، وقيل يقسم بينهم سواء ، هذا إن اتفقوا على ملك كل منهم ، وإلا رجح بالقرينة والعادة المطردة فى ذلك كما مر ، ولا ينافى ما رجحه المصنف ماذكره فى مكاتبين خسيس ونفيس كوتبا على نجوم متفاوتة بحسب قيمتهما فأحضرا مالا وادعى الخسيس أنه بينهما والنفيس أنه متفاوت على قدر النجوم صدق الخسيس عملا باليد لإمكان الفرق إذ المدار هناك على اليد وهى متساوية وفى مسئلتنا على الأرض المسقية وهى متفاوتة فعمل فى كل من المحلين بما يناسبه . وفى الروضة وأصلها كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شربا من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شربا منه اه . وأفهم كلامهما أن ماعدّ لإجراء المـاء فيه عند

مّا لا فليراجع (قوله حيث وجب الخ) هذا علم من قوله أوّلا بلا عوض ، إلا أن يقال الغرض من الأول بيان أن الوجوب لايتوقف على بذل عوض ولا يلزم منه حرمة أخذ العوض (قوله فى شرب المـاشية) قضيته اختصاص جواز التقدير بالرى بالآدمى ، وهو مخالف لمـا قدمه فى شروط البيع وعبارته ثم بعد قول المصنف الخامس العلم به نصها : وقد يغتفر الجهل للضرورة أو المسامحة كما سيبينه فى اختلاط حمام البرجين وكما فى بيع الفقاع وماء السقاء فى الكوز. قال جمع : ولو لشرب دابة . وقد يقال ماسبق لم ينقله جازما به بل أورده بصورة التبرى منه حيث قال : قال جمع وما هنا جعله شرطا مجزوما به فيقدم (قوله من نحو جدول) اسم للنهر الصغير كما قاله الجوهرى (قوله لم يضر بمالكه) يؤخذ منه أنه لافرق فى جواز ذلك بين أن يشرب أو يسقّى دابته منه فى موضعه وبين أن ينقله إلى محله ليشرب منه بعد أو يسقّى دابته (قوله إقامة للإذن العرفى مقام اللفظى) أى مالم يمنع صاحب الجدول عنه ، فإن منع امتنع على غيره فعل ذلك (قوله ولا ينافى مارجحه المصنف) أى من القسمة على قدر الأراضى ولم يرد أنه رجحه هنا (قوله ولم نجد له شربا من موضع آخر) مفهومه أنه إذا كان لها شرب من محل آخر لايكون لها

حاجة زرعه بالأولى ، فأى حاجة مع ذلك لقوله وماشيته وإن احتاجه لزرع (قوله وحيث وجب البذل لم يجز أخذ عوض عليه) يعنى فى مسئلة المتن التى لا اضطرار فيها على أنه قدمه هناك وذكره هنا يوهم جريانه فى مسئلة الاضطرار وليس كذلك (قوله فى شرب المـاء) صوابه فى شرب الآدمى (قوله والظاهر الجواز للعلم به الخ) عبارة التحفة : وهذا معلوم من قوله الخ (قوله مارجحه المصنف) أى وهو القسمة على قدر الأراضى .:.

وجوده إلى أرض مملوكة دالّ على أن اليد فيه لصاحب الأرض التى يمكن سقيها منها سواء اتسع المجرى وقلت الأرض أو عكسه ، وسواء المرتفع والمنخفض . وليس لأحدهم أن يسقى بمائه أرضا له أخرى لاشرب لها منه سواء أحياها أم لا لأنه يجعل لها رسم شرب لم يكن كما فى الروضة ، ولو زاد نصيب أحدهم من الماء على رىّ أرضه لم يلزمه بذله لشركائه ، بل له التصرف فيه كيف شاء (ولهم) أى الشركاء (القسمة مهايأة) مياومة مثلا كأن يسقى كل منهم يوما كسائر المشتركة ، ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع التراضى ، على أن لهم الرجوع عن ذلك ، فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذها الآخر نوبته فعليه أجرة نوبته من النهر للمدة الذى أخذ نوبته فيها . قال الزركشى : ويتعين الطريق الثانى إذا تعذر مامر لبعد أرض بعضهم عن المقسم ، ويتعين الطريق الأول فيما إذا كانت القناة تارة يكثر ماؤها وتارة يقل فتمتنع المهايأة حينئذ كما منعوا فى لبون ليحلب هذا يوما وهذا يوما لما فيه من التفاوت الظاهر اهـ . وليس لأحدهم توسيع فم النهر ولا تضييقه ولا تقديم رأس الساقية التى يجرى فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقين كسائر الأموال المشتركة وعمارته بحسب الملك ولا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما ، لأنه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم ، فإن باعه بشرط أخذه الآن صح ، ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته ، ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع فى الجميع للجهالة ، وإن أفهم كلام الروضة البطلان فى الماء فقط عملا بتفريق الصفقة ، فإن اشترى البئر وماءها الظاهر أو جزءهما شائعا وقد عرف عمقها فيهما صح ، وما ينبع فى الثانية مشترك بينهما كالظاهر ، بخلاف مالو اشتراها أو جزءها الشائع دون الماء أو أطلق فلا يصح لئلا يختلط الماءان ، ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببدله والغلة له لأنه المالك للبذر ، فإن غرم البدل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البدل فقط ، ولو أشعل نارا فى حطب مباح لم يمنع أحدا الانتفاع بها وإلا الاستصباح منها ، فإن كان الحطب له فله المنع من الأخذ منها لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها . ومهايأة فى كلامه منصوب إما على الحال من المبتدإ وهو القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره ، أو على أنها مفعول بفعل محذوف ، ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على من جوّز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون ، وعليه فنصب مهايأة على الحال من الفاعل .

شرب من هذا النهر ، وقد يتوقف فيه بأنه المانع أن يكون لها شرب من موضعين ، ومجرد كون لها شربا من غيره لايمنع أن لها شربا منه أيضا (قوله ويتعين الطريق الثانى) هو قول المصنف ولهم القسمة مهايأة ، والطريق الأولى قوله بنصب خشبة فى عرض الخ (قوله فتمتنع المهايأة) هذا قد يخالف ما مر فى قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه من التراضى إلا أن يقال : المراد بالامتناع هنا عدم الإجبار على ذلك فلا منافاة ، لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها ، فالأولى أن يقال : يصوّر ذاك بزيادة تارة من غير اعتياد كتحرك هواء ونحوه ، وماهنا بما إذا عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة وآخر للنقص (قوله صح) أى وإن لم يأخذه لكن إذا تأخر مدة واختلط فيها الحادث بالموجود وتنازعا جاء فيه ماقيل فى بيع الثمرة إذا اختلط حادثها بموجودها وهو تصديق ذى اليد .

أى وإن لم ينسبه إليه فيما مر (قوله عملا بتفريق الصفقة) أى وإنما لم تعمل به لأن شرطه إمكان التوزيع وهو منتف هنا للجهالة .

كتاب الوقف

هو لغة : الحبس . ويرادفه التحبيس والتسبيل . وأوقف لغة رديئة ، وأحبس أفصح من حبس على مانقل ، لكن حبس هى الواردة فى الأخبار الصحيحة ، وشرعا : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود . والأصل فيه قوله تعالى ـ لن تنالوا البرّ حتى تنفقوا مما تحبون ـ ، لما سمعها أبو طلحة بادر إلى وقف أحبّ أمواله بيرحا حديقة مشهورة ، وقوله ـ وما تفعلوا من خير فلن تكفروه ـ وخبر مسلم « إذا مات المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح » أى مسلم « يدعو له »

كتاب الوقف

(قوله التحبيس) أى والاحتباس أيضا أخذا مما يأتى (قوله لغة رديئة) عبارة الشيخ عميرة لغة تميم (قوله أفصح من حبس) أى بالتشديد (قوله على مصرف مباح موجود) أى على الراجح . أما على مقابله فلا يشترط . ولو أسقطه ليتأتى على كل من القولين لكان أولى كما فعل حج (قوله بيرحا) قال فى النهاية : هذه اللفظة كثيرا ماتختلط ألفاظ المحدثين فيها فيقولون بيرحا بفتح الباء وكسرها وبفتح الراء وضمهما والمد فيهما وبفتحهما والقصر ، وهى اسم مال وموضع بالمدينة . وقال الزمخشرى فى الفائق : إنها فيعلى من البراح ، وهى الأرض الظاهرة اهـ المراد منه (قوله إذا مات المسلم) عبارة شرح المنهج « إذا مات ابن آدم » فلهما روايتان (قوله أو ولد صالح) زاد السيوطى على ذلك أمورا ونظمها فقال :

إذا مات ابن آدم ليس يجرى ... عليه من فعال غير عشر
علوم بثها ودعاء نجل ... وغرس النخل والصدقات تجرى
وراثة مصحف ورباط ثغر ... وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناه يأوى ... إليه أو بناء محل ذكر
وتعليم لقرآن كريم ... فخذها من أحاديث بحصر

ولعل قوله وبيت : البيت هو التاسع فلا يقال هى أحد عشر ، وقوله وتعليم لقرآن : أى ولو بأجرة . وفى شرح العباب لحج فى التيمم بعد كلام قرره إلى أن قال : ثم رأيت عن الزركشى أنه نازع ابن الرفعة فى تفضيل الصدقة على الوقف بأن العلماء فسروا الصدقة الجارية به وتخصيصه بالذكر يدل على أفضليته على غيره . وعنه عن المحب السبكلونى أن النفع بالتعليم الناجز أولى منه بالتصنيف لما فى ذلك من المنفعة المعجلة ، ثم عضده بما مر عن ابن الرفعة فى الصدقة والوقف ، ثم تعقبه بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث « أو علم ينتفع به من بعده » وذلك لأن المنتفع به من بعده لايكون إلا بالتصنيف اهـ . وفى هذا الحصر نظر ، بل التعليم ينتفع به من بعده ، والذى يتجه أنه إن كان ثم من يقوم عنه بالتعليم كان التصنيف أولى وإلا فالتعليم أولى اهـ (قوله يدعو له) هو من تتمة الحديث ، وعبارة الجامع الصغير « إذا

كتاب الوقف

(قوله هو لغة الحبس) انظر ما المراد بالحبس فى اللغة

وحمل العلماء الصدقة الجارية على الوقف دون نحو الوصية بالمنافع المباحة لندرتها . ووقف عمر رضى الله عنه أرضا أصابها بخيبر بأمره صلى الله عليه وسلم وشرط فيها شروطا : منها أنه لايباع أصلها ولا يورث ولا يوهب وأن من وليها يأكل منها بالمعروف أويطعم صديقا غير متمول فيه ، رواه الشيخان . وهو أول وقف وقف فى الإسلام ، وقيل بل وقفه صلى الله عليه وسلم أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة . وجاء عن جابر : مابقى أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم له مقدرة حتى وقف . وأشار الشافعى رضى الله عنه إلى أن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وعن أبى يوسف أنه لما سمع خبر عمر أنه لايباع أصلها رجع عن قول أبى حنيفة رضى الله عنه ببيع الوقف وقال : لو سمعه لقال به وأركانه أربعة : موقوف ، وموقوف عليه ، وصيغة ، وواقف . وبدأ به لكونه الأصل فقال (شرط الواقف صحة عبارته) ولوكافرا لما لايعتقده قربة كمسجد فخرج الصبى والمجنون (وأهلية التبرع) فى الحياة كما هو المتبادر وهذا أخص مما قبله فجمعه بينهما للإيضاح ،

مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أوعلم ينتفع به ، أوولد صالح يدعو له » خد م عن أبى هريرة (قوله أرضا) أى جزءا مشاعا من أرض أصابها الخ . قال الجلال المحلى : وقف مائة سهم من خيبر اه . لكن يراجع مقدار الأرض التى كانت مجزأة إلى ذلك حتى ينسب إليها ماذكر (قوله بخيبر) الذى وقفه عمر اسمه ثمغ بثاء مثلثة مفتوحة ثم ميم ساكنة ثم غين معجمة اه شرح مسلم للنووى (قوله غير متمول) لعل المراد غير متصرف فيه تصرف ذى الأموال ، ولايحسن حمله على الفقير لأنه لو كان مرادا لم يتقيد بالصديق (قوله التى أوصى بها له) هو مخيريق . قال فى الإصابة : مخيريق النضرى بفتحتين كما فى اللب الإسرائيلى من بنى النضير ، ويقال إنه من بنى قينقاع ، ويقال من بنى القيطون ، كان عالما وكان أوصى بأمواله للنبى صلى الله عليه وسلم وهى سبع حوائط : المثبتة ، والصائفة ، والدلال ، وحسى ، ويومه ، والأعوان ، وسرية أم إبراهيم ، فجعلها النبى صلى الله عليه وسلم صدقة (قوله مقدرة) أى على الوقف أوله غنى فى نفسه (قوله لم تعرفه الجاهلية) لعل المراد بهم هنا من لم يتمسك بكتاب كعبدة الأوثان لما يأتى بعد قول المصنف وإن وقف على جهة معصية الخ من قوله مافعله ذمى لانبطله إلا إن ترافعوا إلينا ، إلى قوله : لا ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم الخ ، فإنه صريح فى مشروعية الوقف قبل البعثة (قوله وقال لو سمعه لقال به) قال حج : وإنما تجه الرد به على أبى حنيفة إن كان يقول ببيعه : أى الاستبدال به وإن شرط الواقف عدمه (قوله ولو كافرا) لو وقف ذمى على أولاده إلا من أسلم منهم . قال السبكى : رفعت إلى فى المحاكمات فأبقيت الوقف وألغيت الشرط ، ومال مر إلى بطلان الوقف اه سم على منهج . أقول : ولعل وجه ما مال إليه مر أنه قد يحملهم على البقاء على الكفر ، وبتقدير معرفتهم بإلغاء الشرط لفظه مشعر بقصد المعصية (قوله لما لايعتقده) هو من جملة الغاية (قوله كمسجد) أى وكوقف مصحف ويتصور ملكه له

(قوله وأشار الشافعى إلى أن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية) قد يقال : إن أراد بالمعروف هذا المعنى الشرعى المستوفى للشرائط فلا خصوصية للوقف بذلك ، بل سائر العقود مثله يكون لها معنى لغوى أعم فينقله الشارع إلى ما هو أخص باشتراط شروط فيه تقتضى خصوصه كما لايخفى ، وعبارة الشافعى رضى الله تعالى عنه : ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا وإنما حبس أهل الإسلام انتهت (قوله فى الحياة) أى حتى لايرد السفيه الآتى إذ فيه أهلية التبرع لكن بعد الموت بالوصية ، وحينئذ فقد يقال : إذا كان هذا مراد المصنف كما قرره فقد خرج

فلا يصح من محجور عليه بسفه وصحة نحو وصيته ولو بوقف داره ولا لارتفاع الحجر عنه بموته ومكره فلا يرد عليه لأنه فى حالة الإكراه ليس صحيح العبارة ولا أهلا للتبرع ولا لغيره إذ مايقوله أو يفعله لأجل الإكراه لغو منه ، ومكاتب ومفلس وولى ويصح من مبعض وممن لم ير ولا خيار له إذا رأى ، ومن الأعمى قياسا على ماقبله كما هو مقتضى كلامهم وإن لم أر التصريح به (و) شرط (الموقوف) كونه عينا معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة تصحّ إجارتها كما يشير لذلك كلامه الآتى بذكره بعض محترزات ماذكر كالمنفعة وإن ملكها مؤبدا بالوصية والملتزم فى الذمة وأحد عبديه وما لا يملك ككلب . نعم يصح وقف الإمام نحو أراضى بيت المال على جهة ومعين على المنقول المعمول به بشرط ظهور المصلحة فى ذلك إذ تصرفه فيه منوط بها كولىّ اليتيم ومن ثم لو رأى تمليك ذلك لهم جاز ، وأم ولد ومكاتب وحمل منفرد وذى منفعة لايستأجر لها كآلة لهو وطعام ،

بأن كتبه أو ورثه من أبيه ، ومثل المصحف الكتب العلمية (قوله ونحو وصيته) أى السفيه (قوله ومفلس) أى وإن زاد ماله على ديونه كأن طرأ له مال بعد الحجر أو ارتفع سعر ماله الذى حجر عليه فيه (قوله ومن الأعمى قياسا) كان الأولى أن يسقط قياسا ويقول ويؤخذ من عدم اشتراط الرؤية صحة وقف الأع ، اللهم إلا أن يقال : إن التقدير ويصير لم ير لأنه المصرح به فى كلامهم (قوله مع بقاء عينها فائدة) أى كالفحل للضراب (قوله تصح إجارتها) أى المنفعة ، وقوله فلا يصح وقف المنفعة ومن ذلك الخلوات فلا يصح وقفها (قوله نعم يصح وقف الإمام) أى وحيث صح وقفه لايجوز تغيير ، ومما عمت به البلوى مايقع الآن كثيرا من الرزق الارصدة على أماكن أو على طائفة مخصوصة حيث تغير وتجعل على غير ماكانت موقوفة عليه أولا فإنه باطل ، ولا يجوز التصرف فيه لغير من عين عليه من جهة الواقف الأول فليتنبه له فإنه يقع كثيرا ، ويفرق بين ماهنا وبين عدم صحة عتق عبيد بيت المال بأن الموقوف عليه هنا من جملة المستحقين فيه كما يصرح به قوله بشرط ظهور المصلحة فوقفه كإيصال الحق لمستحقه ، ولا كذلك العتق نفسه فإنه تفويت للمال (قوله نحو أراضى بيت المال) كتابته بالألف مخالف لقول الشارح كالمحلى بعد قول المصنف السابق ولو أراد قوم سقى أرضيهم بفتح الراء بلا ألف اه . وما ذكراه هو القياس فإن الجمع يقتضى زيادة العلامة على المفرد وهى هنا الياء فلا وجه لإثبات الألف ، ولكن فى المصباح الأرض مؤنثة والجمع أرضون بفتح الراء . قال أبو زيد : وسمعت العرب تقول فى جمع الأرض الأراضى والأروض مثل فلوس ، وجمع فعل فعالى فى أرض وأراضى اه . فما ذكره الشارح هنا جار على ماقاله أبو زيد (قوله وأم ولد) عطف على مالا يصح وقفه ويشكل على مايأتى من صحة وقف المدبرة والمعلق عتقه بصفة ، فإن قياس ذلك صحة وقف أم الولد وبطلانه بموت السيد ، إلا أن يقال : إنه لما امتنع بيعها حال الوقف أشبهت الحرة فحكم بعدم صحة وقفها ، بخلاف المدبر والمعلق فإن كلا يصح بيعه ويبطل التدبير والتعليق بالعتق (قوله ومكاتب) أى كتابة صحيحة كما يأتى ، وكأن فائدة ذكر هذه الأمور مع ذكر بعضها فى المتن كأم الولد

السفيه فلا يحتاج إلى اعتذار عنه بقوله الآتى وصحة نحو وصيته الخ فتأمل (قوله وإن لم أر التصريح به) صرح به الدميرى قال : وقلّ من تعرض لذلك (قوله نحو أراضى بيت المال) هذا لايخالف ما تقدم فى الشارح بعد قول المصنف السابق فى إحياء الموات ، ولو أراد قوم سقى أرضيهم من ضبطه بفتح الراء بلا ألف لأن ذلك ضبط لما وقع التعبير به هناك فى المنهاج فلا ينافى قراءته بالألف فى حدّ ذاته الذى عبر به الشارح هنا خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ (قوله وأم ولد) أى خرجت بقبول النقل وبه فارقت المدبر والمعلق العتق فلا يحتاج إلى فرق بينهما

أما لو وقف حاملا صح فيه تبعا لأمه كما صرح به الشيخ . نعم يصح وقف فحل للضراب وإن لم تجز إجارته لأنه يغتفر فى القربة مالا يغتفر فى المعاوضة و (دوام الانتفاع) المذكور (به) المقصود بأن تحصل منه فائدة مع بقائه مدة كما عبر عنه بذلك جماعة ، وضابط المنفعة المقصودة مايصح استئجاره على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبة ، وعلم بذلك أن ما أفاده كلام القاضى أبى الطيب من أنه لايكفى بقاؤه نحو ثلاثة أيام محمول على مالاتقصد إجارته فى تلك المدة ، وشمل كلام المصنف وقف الموصى بعينه مدة والمأجور وإن طالت مدتهما ، ونحو الجحش الصغير ، والدراهم لتصاغ حليا فإنه يصح وإن لم تكن له منفعة حالا كالمغصوب ولو من عاجز عن انتزاعه ، وكذا وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة فإنهما وإن عتقا بالموت ووجود الصفة وبطل الوقف لكن فيهما دوام نسبى أخذا مما مرّ ،

التنبيه على ذكر محترزات الشروط التى اعتبرها مجتمعة كما يشعر به قوله كما يشير لذلك كلامه الآتى بذكره بعض محترزات ماذكر الخ (قوله صح فيه) أى وعليه فلو استثناه أوجعله مقصودا بأن قال وقفتها وحملها أو كانت حاملا بحرّ فهل يبطل وقفها قياسا على البيع أولا ويفرق ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل (قوله نعم يصح وقف فحل للضراب) أى وأرش جنايته على من يكون فى يده بعد الوقف حال جنايته إن نسب لتقصير حتى أتلف ، والفرق بينه وبين العبد الموقوف إذا جنى حيث قالوا أرش جناية على الواقف أنه فى وقف العبد فوت محل تعلق الأرش وهو الرقبة ، ولا كذلك الفحل فإن ما أتلفه الفحل بتقدير عدم الوقف لايباع فيه بل يضمنه من كان الفحل بيده ، كذا نقل عن الشهاب الرملى فى حواشى شرح الروض ، ونقل عن شيخنا الزيادى مايخالفه ، ولعله لم يطلع على ماقاله الشهاب الرملى . أقول : وما قاله الرملى ظاهر ويوافق مافرق به ماذكره حج هنا من الفرق بين أرش جناية الرقيق الموقوف حيث لزم الواقف وبين أجرة البناء والغراس فى الأرض المحتكرة أو المستأجرة إذا رضى صاحب الأرض ببقائهما بأجرة حيث قلنا بعدم لزومها ، ولو وصل الفحل الموقوف على ذلك إلى حالة لايصلح فيها للضراب فقياس ما يأتى فى حصر المسجد وجذوعه إذا لم يتأتّ الانتفاع بهما فى المسجد من جواز بيعهما أنه هنا يباع ويشترى بثمنه مثله أو جزء من مثله ، فإن لم يمكن شراء جزئه لقلته رجع للموقوف عليه أخذا مما يأتى فى البناء والغراس إذا قلعا بعد انتهاء مدة الإجارة (قوله على شرط ثبوت) أى تقدير ثبوت (قوله مدة) المتبادر منه أنها معينة ، وعليه فيخرج بها مالو أوصى به لغيره مدة حياته ، وينبغى الصحة فيه كوقف المدبر والمعلق عتقه بصفة لم يعلم وقتها فإن مدة الوقف فى كل منهما مجهولة ، وقيل فيهما بالصحة (قوله أخذا مما مرّ) أى فى قوله بأن تحصل منه فائدة مع بقاء

من خارج وإن تكلفه الشيخ فى الحاشية (قوله المقصود بأن تحصل منه فائدة الخ) عبارة الشهاب حج نصها : ودوام الانتفاع به المقصود منه ولو بالقوّة بأن يبقى مدة تقصد بالاستئجار غالبا ، وعليه يحمل ما أفاده كلام القاضى أبى الطيب إنه لايكفى فيه نحو ثلاثة أيام فدخل وقف عين الموصى بمنفعته ، إلى آخر ما فى الشارح ، فقوله فدخل وقف عين الموصى بمنفعته الخ : أى بقوله ولو بالقوّة الذى هو غاية فى الانتفاع ، وقوله وكذا وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة : أى يدخلان بقوله بأن يبقى مدة تقصد بالاستئجار غالبا الذى هو تفسير لدوام الانتفاع فى كلام المصنف ، وقوله وخرج مالم يقصد الخ أى بقوله المقصود منه : أى عرفا ، وقوله وما لايفيد نفعا الخ : أى بقول المصنف الانتفاع ويتأمله تعلم ما فى كلام الشارح (قوله بأن تحصل منه فائدة مع بقائه مدة) عدل به عما مرّ عن حج ويلزم عليه التكرار لأنه قدمه (قوله على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبة) كأنه احترز به عن المستأجر أى بشرط فعلى بمعنى الباء ولعل هذا أصوب مما فى حاشية الشيخ (قوله محمول على ما إذا لم تقصد إجارته فى تلك المدة) أى بأن كانت منفعته فيها لاتقابل بأجرة (قوله وشمل كلام المصنف الخ) قد علمت مما أسلفته عن حج أن

ومن ثم صح وقف بناء وغراس فى أرض مستأجرة لهما ، وإن استحقا القلع بعد انقضاء مدة الإجارة وفارق صحة بيعهما وعدم عتقهما مطلقا بأنه هنا استحق عليه حقان متجانسان فقدمنا أقواهما مع سبق مقتضية ، وبه فارق مالو أولد الواقف الموقوفة حيث لم تصر أم ولد وخرج ما لايقصد كنقد للتزين به أو الاتجار فيه وصرف ربحه للفقراء ، وكذا الوصية به كما يأتى وما لايفيد نفعا كزمن غير مرجوّ برؤه (لامطعوم) بالرفع أى وقفه إذ نفعه بإهلاكه (وريحان) محصود لسرعة فساده ، أما مزروع فيصح وقفه للشم لبقائه مدة كما قاله المصنف وغيره ، وفيه نفع آخر وهو التنزّه ، ولهذا قال الخوارزمى وابن الصلاح : يصح وقف المشموم الدائم النفع كالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لأنه لاينتفع به إلا باستهلاكه ، فإلحاق جمع العود بالعنبر محمول على عود ينتفع به بدوام شمه (ويصح وقف عقار) بالإجماع (ومنقول) للخبر الصحيح فيه (ومشاع) وإن جهل قدر حصته أو صفتها لأن وقف عمر السابق كان مشاعا ، ولا يسرى للباقى ، وشمل كلامه مالو وقف المشاع مسجدا ، وهو كذلك كما صرح به ابن الصلاح قال : ويحرم على الجنب المكث فيه وتجب قسمته لتعينها طريقا وما نوزع به مردود ؛ وتجويز الزركشى المهايأة هنا بعيد إذ لانظير لكونه مسجدا فى يوم وغير مسجد فى آخر ، ولا فرق فيما مر بين أن يكون الموقوف مسجدا هو الأقل أو الأكثر خلافا للزركشى ومن تبعه ، ويفرق بينه وبين حمل تفسير فيه قرآن بأن المسجدية هنا شائعة فى جميع أجزاء الأرض غير متميزة فى شىء منها فلم يمكن تبعية الأقل للأكثر إذ لاتبعية إلا مع التمييز ، بخلاف القرآن فإنه متميز عن التفسير ، فاعتبر الأكثر ليكون الباقى تابعا له . أما جعل المنقول مسجدا كفرش وثياب فموضع توقف لأنه لم ينقل عن السلف مثله ، وكتب الأصحاب ساكتة عن تنصيص بجواز أو

الخ (قوله وفارق صحة الخ) أى ماذكر من صحة الوقف ابتداء وبطلانه بموت السيد ووجود الصفة لحصول العتق وقوله مطلقا : أى إن وجدت الصفة ومات السيد بعد البيع (قوله حقان متجانسان) وهما الوقف والعتق وتجانسهما من جهة أن كلا حق الله (قوله كنقد للتزين) ومثله وقف الجامكية ، لأن شرط الوقف أن يكون مملوكا للواقف وهى غير مملوكة لمن هى تحت يده ، وما يقع من استئذان الحاكم فى الفراغ عن شىء من الجامكية ليكون لبعض من يقرأ القرآن مثلا فى وقت معين ليس من وقفها بل بفراغ من هى بيده سقط حقه منها وصار الأمر فيها إلى رأى الإمام فيصح تعيينه لمن شاء حيث رأى فيه مصلحة ، ولغيره نقضه إذا رأى فى النقد مصلحة (قوله ومنقول) حيوانا كان أو غيره ثم إذا أشرف الحيوان على الموت ذبح إن كان مأكولا ، وينبغى أن يأتى فى لحمه ماذكره فى البناء والغراس فى الأرض المستأجرة أو المعارة لهما إذا قلعا من أنه يكون مملوكا للواقف أو الموقوف عليه الخ ، ومحلهما حيث لم يتأتّ شراء حيوان أوجزئه بثمن الحيوان المذبوح على مايأتى (قوله ولا يسرى للباقى) أى ولو كان الواقف موسرا بخلاف العتق (قوله ويحرم على الجنب المكث فيه) قرر مر أنه يطلب التحية لداخله ولا يصح الاعتكاف فيه ولا الاقتداء مع التباعد أكثر من ثلثمائة ذراع اه سم على حج ، وراجع ماذكره فى طلب التحية (قوله وتجب قسمته) أى فورا ، وظاهره وإن لم يكن إفرازا وهو مشكل اه سم على حج . أقول : وقد يجاب بأنه مستثنى للضرورة كما قاله فى أثناء كلام آخر ، وهذا ظاهر إن أمكنته القسمة ، فإن تعذرت كأن جهل مقدار

كلام المصنف لايشمل هذا بمجرده (قوله أو صفتها) لعل صورته أنه يجهل صفة مامنه الحصة بأن لم يره (قوله ويفرق بينه) أى من حيث حرمة مكث الجنب فيه ونحوه وإن كان الموقوف مسجدا هو الأقل (قوله فموضع توقف) أى مالم يثبت بنحو سهو . أما إذا ثبت كذلك فلا توقف فيه صحة وقفيته مسجدا كما أفتى به الشارح

منع ، وإن فهم من إطلاقهم الجواز فالأحوط المنع كما جرى عليه بعض شراح الحاوى . وما نسب للشيخ رحمه الله تعالى من إفتائه بالجواز فلم يثبت عنه (لا) وقف (عبد وثوب فى الذمة) لأن حقيقته إزالة ملك عن عين ، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر (ولا وقف حر نفسه) لأن رقبته غير مملوكة له (وكذا مستولدة) لعدم قبولها للنقل كالحر ومثلها المكاتب . أى كتابة صحيحة على الأوجه . بخلاف ذى الكتابة الفاسدة إذ المغلب فيه التعليق ، ومر فى المعلق صحة وقفه (وكلب معلم) أو غير معلم لأنه لا يملك وتقييده بالمعلم لأجل الخلاف (وأحد عبديه فى الأصح) كالبيع ، ومقابل الأصح فيه يقيس الوقف على العتق . وفيما قبله يقيس وقفه على إجارته : أى على وجه ضعيف فيها ، وفارق العتق بأنه أقوى وأنفذ لسرايته وقبوله التعليق (ولو وقف بناء أو غراسا فى أرض مستأجرة) إجارة صحيحة أو فاسدة أو مستعارة مثلا (لهما) ثناه مع أن العطف بأو لأنها بين ضدين فلا اعترض عليه (فالأصح جوازه لأنه مملوك ينتفع به فى الجملة مع بقاء عينه . والثانى المنع إذ لمالك الأرض قلعهما فلا يدوم الانتفاع بهما . قلنا يكفى دوامه إلى القلع بعد مدة الإجارة ، فلو قلع ذلك وبقى منتفعا به فهو وقف كما كان وإن لم يبق فهو يصير ملكا

الموقوف بقى على شيوعه ولا يبطل الوقف كما اقتضاه قوله قبل وإن جهل قدر حصته لكن ينظر طريق انتفاع الشريك بحصته والحالة ماذكر ، والأقرب أن يقال : ينتفع منه بما لا ينافى حرمة المسجد كالصلاة فيه والجلوس لما يجوز فعله فى المسجد كالخياطة ، ولا يجلس فيه وهو جنب ولا يجامع زوجته ، ويجب أن يقتصر فى شغله له على مايتحقق أن ملكه لا ينقص عنه (قوله فالأحوط المنع) أى منع القول بصحة الوقفية ، وطريق الصحة على ماقاله الشيخ أن تثبت فى مكان بنحو سمر ثم توقف ولا تزول وقفيتها بعد بزوال سمرها لأن الوقفية إذا ثبتت لا تزول ثم مانقل عن الشيخ أجاب به م ر عن سؤال صورته : لو فرش إنسان بساطا أو نحو ذلك وسمره ثم وقفه مسجدا هل يصح وقفه ؟ فأجاب حيث وقف ذلك مسجدا بعد إثباته صح اهـ . وعلى هذا فقوله فى الشرح أما جعل المنقول الخ محله حيث لم يثبت ، ولا ينافيه قوله عن الشيخ فلم يثبت عنه لإمكان حمله على ما إذا لم يثبت أو أن مراده أنه لم يثبت عنه ولو مع إثباته ، فيكون قوله فى الفتاوى بصحة وقفه مع الإثبات مستندا فيه لغير الشيخ (قوله إذ المغلب فيه التعليق) قضية تشبيهه بالمعلق عتقه أن الكتابة الفاسدة لا تبطل ، فإذا أدى النجوم عتق وبطل الوقف كوجود الصفة فى وقف المعلق عتقه بصفة وهو ظاهر (قوله وفيما قبله) أى المستولدة والكلب المعلم (قوله على وجه ضعيف فيها) أى بالنسبة للكلب دون المستولدة لما مر أن إجارتها تصح وتبطل بالموت (قوله وفارق) أى الوقف (قوله أو فاسدة) يتأمل فيه فإنه لا يستحق بالإجارة الفاسدة بناء ولا غراسا حتى لو فعل ذلك كلف القلع مجانا ، وعبارة المنهج وبناء وغراس وضعا بأرض بحق اهـ . والبناء فى المستأجرة إجارة فاسدة لم يصدق عليه أنه وضع بحق ، هذا وقد مر للشارح أن ماقبض بالشراء الفاسد لو بنى فيه أو غرس لم يقلع مجانا لأن البيع ولو فاسدا يتضمن الإذن فى الانتفاع به كالمعار على ماقاله البغوى ، لكن قدم أن المعتمد خلافه ، فما هنا يمكن تخريجه على ماقاله البغوى لأن الإجارة الفاسدة تتضمن الإذن به (قوله لأنها بين ضدين) زاد حج والاستحالة اجتماع حقيقتهما على شىء واحد (قوله بعد مدة الإجارة) هو واضح فى الإجارة الصحيحة لتعين بقائها ، أما الإجارة الفاسدة والعارية فالمالك متمكن من قلعهما حالا فلا بقاء لهما فأشبها المغصوب اهـ حج بالمعنى . أقول : وقد يقال يمكن الفرق بينهما وبين المغصوب بأن لمالك المغصوب قلع البناء والغراس مجانا ، ولا كذلك فى العارية والإجارة الفاسدة على

(قوله وبقى منتفعا به) أى من الوجه الذى وقف له كما يدل عليه مابعده فتأمل

للموقوف عليه ، أو يرجع للواقف وجهان أصحهما أولهما ، وقول الجمال الأسنوى إن الصحيح غيرهما وهو شراء عقار أوجزء من عقار وهو قياس النظائر فى آخر الباب ، ونقل نحوه الأذرعى فقال : ويقرب أن يقال يباع ويشترى بثمنه من جنسه مايوقف مكانه محمول على إمكان الشراء المذكور ، وكلام الشيخين الأول محمول على عدمه ويلزمه بالقلع أرش نقصه يصرف على الحكم المذكور ، وخرج بنحو المسأجرة المغصوبة فلا يصح وقف مافيها لعدم دوامه مع بقاء عينه ، وهذا مستحق الإزالة كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى . لايقال : غاية أمره أن يكون مقلوعا وهو يصح وقفه لأنا نقول : وقفه فى أرض مغصوبة ملاحظ فيه كونه غراسا قائما ، بخلاف المقلوع فغير ملاحظ فيه ذلك ، وإنما هو وقف منقول ، ويصح شرط الواقف صرف أجرة الأرض المستأجرة لهما من ريعهما إن لم تلزم ذمته الأجرة ، بخلاف مالزم ذلك بعقد إجارة أو بدونه فلا يصح شرط صرفه منه لأنه دين عليه ، وعلى هاتين الحالتين يحمل الكلامان المختلفان (فإن وقف) على جهة فسيأتى أو (على معين واحد أو جمع) هو بمعنى قول أصله جماعة ، وحصول الجماعة باثنين كما مر فى بابها اصطلاح يخص ذلك الباب لصحة الخبر به ، وحكم الاثنين يعلم من مقابلة الجمع بالواحد الصادق مجازا بقرينة المقابلة بالاثنين (اشترط) عدم المعصية وتعيينه كما أفاده قوله معين و (إمكان تمليكه) من الواقف فى الخارج بأن يوجد خارجا متأهلا للملك لأن الوقف تمليك المنفعة (فلا يصح) الوقف على معدوم كعلى مسجد سيبنى ، أو على ولده ولا ولد له ، أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير ، أوعلى القراءة على رأس قبره أو قبر أبيه الحى ، فإن كان له ولد وفيهم فقير صح وصرف للحادث وجوده فى الأولى أو فقره فى الثانية لصحته على المعدوم تبعا كوقفته على ولدى ثم على ولد ولدى ولا ولد له كعلى مسجد كذا وكل مسجد سيبنى فى تلك المحلة ، وسيذكر فى نحو الحربى مايعلم منه أن الشرط بقاؤه فلا يرد

مايفهمه قوله بعد ويلزمه بالقلع أرش نقصه ، فكان احتمال البقاء فيهما بالأجرة أقرب منه فى المغصوب فصح وقفهما دونه ، ثم ما اقتضاه قوله ويلزمه الخ من وجوب الأرش فى الإجارة الفاسدة موافق لما نقل عن البغوى فيما لو غرس أو بنى فى الأرض المقبوضة بالشراء الفاسد من أن المالك يخير فيها بين القلع وغرم أرش النقص والتملك بالقيمة والتبقية بالأجرة كالعارية ، ومخالف لما مر للشارح من أن مالك الأرض فى الشراء الفاسد يقلع مجانا (قوله ويلزمه بالقلع) أى المالك للأرض ، وقوله أرش نقصه : أى القلع (قوله وهذا مستحق الإزالة) ومنه مالو بنى فى حريم النهر بناء ووقفه مسجدا فإنه باطل لأنه مستحق الزوال (قوله وهو) أى المقلوع (قوله إن لم تلزم ذمته) أى بأن وجبت بعد الوقف ، بخلاف التى لزمت ذمته قبل فإنها دين عليه ، وشرط وفاء دين الواقف من وقفه باطل اه سم على حج بالمعنى (قوله فلا يصح شرط صرفه) أى بل ولا الوقف أيضا لاشتماله على شرط قضاء ماعليه من الدين من غلة وقفه (قوله أو قبر أبيه الحى) ووجه عدم الصحة فيه أنه منقطع الأول ، قال حج هنا : على أنه يأتى تفصيل فى مسئلة القراءة : أى بعد قول المصنف ولو كان الوقف منقطع الأول الخ ، وعبارته ثمة : ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من يقرأ على قبرى أو قبر أبى وأبوه حى ، بخلاف وقفته الآن أو بعد موتى على من يقرأ على قبرى بعد موتى فإنه وصية ، فإن خرج من الثلث أو أجيز وعرف قبره صح وإلا فلا

(قوله أو بدونه) لعل صورته أنه ترتبت فى ذمته أجرة فى إجارة فاسدة ثم وقف وشرط صرفها من الوقف
(قوله فى الخارج) الأولى حذفه ولم يذكره حج

عليه هنا إيهامه الصحة عليه لإمكان تمليكه ولا (على) أحد هذين ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه ، بخلاف دارى على من أراد سكناها من المسلمين ولا على ميت ولا على (جنين) لأن الوقف تسليط فى الحال بخلاف الوصية ، ولا يدخل أيضا فى الوقف على أولاده إذ لا يسمى ولدا وإن كان تابعا لغيره . نعم إن انفصل استحق معهم قطعا إلا أن يكون الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل كما أشار إليه الأذرعى وهو ظاهر ، ويدخل الحمل الحادث علوقه بعد الوقف ، فإذا انفصل استحق من غلة مابعد انفصاله كما مر . وأما إطلاق السبكى بحثا أنه لايدخل فيصرف لغيره حتى ينفصل فمعترض بأن المتبادر أن الواقع من الريع يوقف لانفصاله وبنو زيد لايشمل بناته ، بخلاف بنى تميم لأنه اسم للقبيلة (ولا على العبد) ولو مدبرا أو أم ولد (لنفسه) لأنه غير أهل للملك . نعم إن وقف على جهة قربة كخدمة مسجد أو رباط صح الوقف عليه لأن القصد تلك الجهة ، أما المبعض فالظاهر كما أفاده الشيخ أنه إن كانت مهايأة وصدر الوقف عليه يوم نوبته فكالحر ، أو يوم نوبة سيده فكالعبد وإن لم تكن مهايأة وزع على الرق والحرية ، وعلى هذا يحمل إطلاق ابن خيران صحة الوقف عليه . قال الزركشى : فلو أراد مالك البعض أن يقف نصفه الرقيق على نصفه الحر فالظاهر الصحة كما لو أوصى به لنصفه الحر ، ويؤخذ من العلة أن الأوجه صحته على مكاتب غيره كتابة صحيحة لأنه يملك كما نقله فى الروضة عن المتولى وإن نقل خلافه عن الشيخ أبى حامد ثم لم يقيد بالكتابة صرف له بعد العتق أيضا ، وإلا فهو منقطع الآخر فيبطل استحقاقه وينتقل الوقف إلى من بعده ، هذا إن لم يعجز وإلا بان بطلانه لكونه منقطع الأول فيرجع عليه بما أخذه من غلته ، أما

(قوله الصحة عليه) أى الحربى (قوله إذا لم يبينه) أى المسجد (قوله أراد سكناها) أى فإنه يصح ويعين من يسكن فيها ممن أراد السكنى حيث نازعوا الناظر على الوقف (قوله فى الوقف على أولاده) أى بخلاف نحو الذرية كما قاله فى العباب كالروض وشرحه ، وكذا : أى يدخل فى الذرية والنسل والعقب الحمل الحادث فتوقف حصته اهـ . والتقييد بالحادث الظاهر أنه ليس لإخراج الموجود حال الوقف اهـ سم على حج وقوله فتوقف حصته يخالف قول الشارح الآتى فإن انفصل استحق من غلة مابعد انفصاله ، إلا أن يقال : أراد بتوقف حصته عدم حرمانه إذا انفصل (قوله بعد الوقف) زاد فى نسخة : يعنى أنه يصرف له بعد انفصاله اهـ . وهى شاملة لما حصل من الغلة فى مدة كونه حملا (قوله فيصرف لغيره) أى من المذكورين فى الوقف (قوله بأن المتبادر الخ) هذا يخالف مافهم من قوله فإن انفصل استحق من غلة مابعد انفصاله فإنه كالصريح فى أنه لايوقف له شىء مدة الحمل فليتأمل ، وإذا قلنا يوقف لانفصاله فأى جزء من الغلة يوقف مع الجهل بعدد الحمل من كونه واحدا أو أكثر المؤدى إلى تعذر الصرف ، وقياس المعاملة بالإضرار فى إرث الحمل إن توقف جميع الغلة حتى ينفصل وتقدم مافيه (قوله أو أم ولد) أى حال كونها رقيقة كما هو الفرض ، وأما مافى الروض من صحة وقفه على أمهات أولاده فصورته أن يقول : وقفت دارى مثلا بعد موتى على أمهات أولادى ، أو يوصى بالوقف عليهن مثلا (قوله فكالحر) ينبغى أن هذا التفصيل عند الإطلاق ، فإن عين الواقف شيئا أتبع حتى لو وقف فى نوبة المبعض على سيده أو فى نوبة السيد للعبد أو عند عدم المهايأة على أحدهما بعينه عمل به فليراجع (قوله الأوجه صحته) أى الوقف (قوله بما أخذه من غلته) أى ثم إن كان ماقبضه من الغلة باقيا أخذ منه وإلا فهو فى ذمته يطالب به بعد العتق واليسار

(قوله لإمكان تمليكه) علة للإيهام (قوله فمعترض بأن المتبادر الخ) لايخفى أن ما بحثه السبكى هو عين ماقدمه الشارح وحاصل الاعتراض يناقضه فليتأمل وليحرر (قوله وينتقل الوقف إلى من بعده) هذا لايترتب على كونه

مكاتب نفسه فلا يصح وقفه عليه كما لو وقف على نفسه كما جزم به الماوردى وغيره ، وهو نظير ما سيأتى فى إعطاء الزكاة له (فإن أطلق الوقف عليه فهو وقف على سيده) كما لو وهب منه أو أوصى له ويقبل هو إن شرطناه وهو الأصح الآتى وإن نهاه، سيده عنه دون السيد إن امتنع كما يأتى نظيره فى الوصية (ولو أطلق الوقف على بهيمة مملوكة (لغا) لاستحالة ملكها (وقيل هو وقف على مالكها) كالعبد ، والفرق أن العبد قابل لأن يملك بخلافها ، وخرج بأطلق الوقف على علفها أو عليها بقصد مالكها وبالمملوكة المسبلة فى ثغر أو نحوه فيصح بخلاف غير المسبلة ومن ثم نقلا عن المتبولى عدم صحته على الوحوش والطيور المباحة ، وما نوزعا به مستدلين بما يأتى أن الشرط فى الجهة عدم المعصية يردّ بأن هذه الجهة لا يقصد الوقف عليها عرفا ومن ثم لما قصد حمام مكة بالوقف عليه عرفا كان المعتمد كما قاله الغزالى صحته عليه . أما المباحة المعينة فلا يصح عليه جزما على نزاع فيه (ويصح) الوقف ولو من مسلم (على ذمى) معين متحد أو متعدد كما يجوز التصدق عليه . نعم لو ظهر فى تعيينه قصد معصية كالوقف على خادم كنيسة للتعبد لغا كالوقف على ترميمها أو وقودها أو حصرها ، وكذا لو وقف عليه مالا يملكه كقن مسلم ونحو مصحف فلو حارب ذمىّ موقوف عليه صار الوقف كمنقطع الوسط أو الآخر كما بحثه بعض الشراح وهو ظاهر ، وعليه فالفرق بينه وبين المكاتب إذا رقّ ظاهر (لا مرتدّ وحربى) لأن الوقف صدقة جارية ولا بقاء لهما ويفرق بينهما وبين نحو الزانى المحصن وإن كانا دونه فى الإهدار إذ لا تمكن عصمته بحال بخلافهما بأن فى الوقف عليهما منابذة لعزّة الإسلام لتمام معاندتهما له من كل وجه بخلافه لاسيما والارتداد ينافى الملك والحرابة سبب زواله فلا يناسبهما التحصيل : أما المعاهد والمؤمن فيلحقان بالحربى على ما جزم به الدميرى . وقال غيره : إنه المفهوم

(قوله فهو وقف على سيده) أى فلو قصد بالوقف سيد العبد أو أطلق وقلنا بالصحة أو وقف على البهيمة وقصد مالكها أو على علفها ثم باع المالك للعبد أو البهيمة إياهما فهل يبقى الموقوف له أو ينتقل إلى المشترى ؟ فيه نظر ، وقد ذكروا فى نظير ذلك فى الوصية تفصيلا ولا يبعد مجيئه هنا فليراجع ويحتمل الفرق بين الوقف والوصية بأن الوقف[1] (قوله كما يأتى نظيره فى الوصية الخ) وعبارته فى الوصية مانصه : ولا يصح الوقف على بهيمة ولو أطلق أو وقف على علفها لعدم أهليتها للملك إلى أن قال : فإن قصد به مالكها فهو وقف عليه اهـ سم على حج (قوله بقصد مالكها) ينبغى رجوعه للمسئلتين ليوافق قول الروض وشرحه (قوله أما المباحة) أى الطيور المباحة (قوله على ذمى معين) وسيأتى حكم ما لو وقف على أهل الذمة (قوله كمقطع الوسط) أى إن ذكر بعد الذمى مصرفا : أى فيصرف لأقرب رحم الواقف مادام حيا ، ثم بعد موت الذمى لمن عينه الواقف بعده أو الآخر فيصرف لمن بعده من الآن إن عين الواقف جهة وإلا فلأقرب رحمه (قوله وهو ظاهر) أى مابحثه من أنه كمنقطع الوسط أو الآخر ، ثم إذا أسلم أو ترك المحاربة والتزم الجزية هل يعود استحقاقه أولا ؟ فيه نظر ، وقياس ما يأتى من أنه لو وقف على أولاده إلا من يفسق منهم ففسق بعضهم ثم عاد عدلا من الاستحقاق استحقاقه هنا (قوله ظاهر) وهو أنه بالعجز عن الكتابة يتبين أنه باق على ملك السيد حتى إن السيد يستحق ما كسبه فى مدة كتابته ، ولا كذلك الذمى فإنه لم يتبين بحرابته الآن بقاء حرابته الأصلية (قوله لا مرتد) أى لا يصح الوقف عليه، وكذا لا يصح الوقف منه . لا يقال : إنه موقوف إن عاد إلى الإسلام تبين صحته وإلا فلا . لأنا نقول : ذاك إنما هو فيما يقبل التعليق كالعتق والطلاق ، بخلاف مالا يقبله كالبيع والوقف فإنه محكوم ببطلانه من المرتد من أصله ولو عاد إلى الإسلام (قوله وبين نحو الزانى المحصن) أى حيث يصح الوقف عليه دونهما (قوله فيلحقان بالحربى) أى

منقطع الآخر كما يعلم مما يأتى ، ويعلم من هذا أنه متجوّز بقوله فهو منقطع الآخر وكان الأولى حذفه والاقتصار على على قوله فيبطل استحقاقه الخ (قوله وما نوزعا به مستدلين) أى المنازعين ، وفيه مجىء الحال من الفاعل المحذوف فانظر هل هو جائز عند التحاقه

---

(١) (قوله بأن الوقف) بياض بعده فى النسخ .

من كلامهم ، ورجح الغزى إلحاقهما بالذمى وهو الأوجه إن حلّ بدارنا مادام فيها ، فإذا رجع صرف لمن بعده ، وخص المصنف فى نكت التنبيه الخلاف بقوله وقفت على زيد الحربى والمرتد كما يشير إليه كلام اللباب ، أما إذا وقف على الحربيين أو المرتدين فلا يصح قطعا ، ورجح السبكى فيمن تحتم قتله بالمحاربة أنه كالزانى المحصن (ونفسه فى الأصح) لتعذر تمليك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة إذ استحقاقه وقفا غيره ملكا الذى نظر له مقابل الأصح ، واختاره جمع ، ومنه أن يشترّط نحو قضاء دينه مما وقفه ، أو انتفاعه به ، أو شربه منه ، أو مطالعته فى الكتاب ، أو طبخه فى القدر ، أو استعماله من بئر أو كوز أو كوز وقف ذلك على نحو الفقراء ، فيبطل الوقف بذلك خلافا لما وقع لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان فى وقفه لبئر رومة دلوى فيها كدلاء المسلمين وليس بصحيح ، فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم لو شرط أن يضحى عنه صح أخذا من قول الماوردى وغيره بصحة شرط أن يحج عنه منه : أى لأنه لايرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لايضرّ بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيرا جاز له الأخذ منه : وكذا لو كان فقيرا حال الوقف كما فى الكافى واعتمده السبكى وغيره ، ويصح

فلا يصح عليهما (قوله إن حل) أى كل منهما ، وقوله فإذا رجع أى عاد إلى دار الحرب (قوله صرف لمن بعده) أى وهو الفقراء من المسلمين ، وقياس مامر فى الذمى إذا حارب أنه يصير كمنقطع الوسط حيث ذكر بعده جهة يصرف إليها ، وقد يفرق بأن موضوع الذمة على عدم النقص مابقى الذمى ، بخلاف العهد والأمان فإن كلا منهما موضوعه أن لايزيد على أربعة أشهر ، فانتقاله لدار الحرب كالمحقق ، فكأن الواقف لم يجعل له الاستحقاق إلا بالمدة القليلة فلم يجز فيه كونه كمنقطع الوسط بل جزم فيه بانتقاله لمن بعده ، وعلى هذا فالظاهر أنه إذا عاد إلى دار الإسلام لايرجع إليه لأن مقصود الواقف لم يتناول إلا المدة الأولى (قوله وقفت على زيد الحربى) ظاهره أن لفظ الحربى والمرتد من جملة صيغته فلا تتقيد صحة الوقف عليهما الذى قال به مقابل الأصح بما لو قال على زيد ولم يزد على ذلك ولو كان فى الواقع حربيا أو مرتدا ، ويرد عليه أن الوصف بالحربى أو المرتد يشعر بأن الحامل على الوقف عليه الحرابة أو الردّة لأن تعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية مامنه الاشتقاق فأشبه مالو قال وقفت دارى على من يرتدّ أو يحارب وهو باطل قطعا (قوله ورجح السبكى الخ) هذا هو المعتمد ، وقوله بالمحاربة : أى قطع الطريق وقوله كالزانى المحصن أى فيصح الوقف عليه (قوله واختاره جمع) لايقوى على دفع ذلك التعذر اهـ حج (قوله ومنه) أى من الوقف على نفسه (قوله أو انتفاعه) أى ولو بالصلاة فيما وقفه مسجدا اهـ حج . وكتب عليه سم ما حاصله أن الوقف يبطل بذلك الشرط ونقله عن تصريح شرح البهجة رادّا به على من اقتضى كلامه صحة الوقف وبطلان الشرط (قوله فيبطل الوقف) ومثل ذلك فى البطلان ماوقع السؤال عنه من أن شخصا وقف نخيلا على مسجد بشرط أن تكون ثمرتها له والجريد والليف والخشب ونحوها للمسجد ، وبقى مالو وقف جريد النخل أو ليفه مثلا هل يشمل الحادث والموجود أو الموجود فقط ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل . ومحل التردد مالم ينص على الموجود بأن يقول هذا الجريد ، فإن نص عليه لم يدخل الحادث (قوله على سبيل الشرط) هذا كلام يدل على أن التصريح بنفسه على سبيل الشرط فى وقف نحو البئر والمسجد يضر فتأمله وراجعه اهـ سم على منهج . أقول : وهو ظاهر لأنه بشرطه ذلك منع غيره من الانتفاع به فى الوقت الذى يريده فأشبه الوقف على نفسه ، على أن قول الشارح : أو شربه منه أو مطالعته فى الكتاب ، صريح فيما ذكرناه (قوله جاز له الأخذ منه) أى كأحدهم

(قوله نعم لو شرط أن يضحى عنه صح) انظر هل لهذه الأضحية حكم سائر الضحايا ولو بعد موت الواقف

شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجرة المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح . ومن الحيل فى الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه فيصح كما قاله جمع من المتأخرين واعتمده ابن الرفعة وعمل به فى حق نفسه فوقف على الأفقه من بنى الرفعة وكان يتناوله ، وهو الأوجه ، وإن خالف فيه الأسنوى وغيره تبعا للغزالى والخوارزمى فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح ، قال : وهو أقرب لبعده عن قصد الجهة وأن يؤجره مدة طويلة ثم يقفه على الفقراء مثلا ثم يتصرّف فى الأجرة أو يستأجره من المستأجر وهو الأحوط لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر وأن يستحكم فيه من يراه ، ولو أقرّ من وقف على نفسه ثم على جهات مفصلة بأن حاكما يراه حكم به ويلزومه وآخذناه بإقراره ونقض الوقف فى حق غيره على ما أفتى به البرهان المراغى . والأوجه ما أفتى به التاج الفزارى من قبول إقراره عليه وعلى من يتلقى منه ، كما لو قال هذا وقف علىّ وسيأتى ماله تعلق بذلك ، وأفتى ابن الصلاح وتبعه جمع بأن حكم الحنفىّ بصحة الوقف على النفس لايمنع الشافعىّ باطنا من بيعه وسائر التصرفات فيه ، قال : لأن حكم الحاكم لايمنع ما فى نفس الأمر ، وإنما منع منه فى الظاهر سياسة شرعية ، ويلحق بهذا ما فى معناه ، لكن رده جمع بأنه مفرّع على مرجوح وهو أن حكم الحاكم فى محل اختلاف المجتهدين لاينفذ باطنا كما صرح به تعليله ، والأصح كما فى الروضة فى مواضع نفوذه باطنا ، ولا معنى له إلا ترتب الآثار عليه من حل وحرمة ونحوهما . وصرح الأصحاب بأن حكم الحاكم فى المسائل الخلافية برفع الخلاف ويصير الأمر متفقا عليه (وإن وقف) مسلم أو ذمى (على جهة معصية كعمارة) نحو (الكنائس) المقصودة ،

(قوله بقدر أجرة المثل) أى أما إن شرط النظر لغيره وجعل للناظر أكثر من أجرة المثل لم يمتنع كما يأتى بعد قول المصنف فإن فوّض إليه هذه الأمور (قوله وكان) أى ابن الرفعة ، وقوله يتناوله : أى يأخذ غلته (قوله ثم يتصرف فى الأجرة) ولو انفسخت الإجارة بعد الوقف عادت المنافع للواقف كما تقدم للشارح بعد قول المصنف فى الإجارة والأظهر أنه لايرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق (قوله من يراه) أى الوقف على النفس كالحنفى (قوله وعلى من يتلقى) أى فلا يبطل فى حقه ولا حق من يتلقى منه (قوله وسيأتى) قال حج قبيل الفصل اهـ (قوله بأن حكم الحاكم) أى ولو حاكم ضرورة . ومحل ذلك كله حيث صدر حكم صحيح مبنى على دعوى وجواب . أما لو قال الحاكم الحنفى مثلا حكمت بصحة الوقف وبموجبه من غير سبق دعوى فى ذلك لم يكن حكما بل هو إفتاء مجرد وهو لايرفع الخلاف فكأن لاحكم فيجوز للشافعى بيعه والتصرف فيه (قوله على جهة معصية) انظر هل العبرة بعقيدة الواقف أو الموقوف عليه أو بعقيدتهما ؟ فيه نظر ، والأقرب أن العبرة بعقيدة الواقف مطلقا لأنه المباشر للفعل فتعتبر عقيدته ، وبقى ما لو أطلق الوقف على الكنائس فهل يحمل على ماتنزله المارة فيصح أو على ماللتعبد فيبطل ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، ثم رأيت فى حاشية التحرير لشيخنا الشوبرى مانصه : قوله على عمارة الكنائس لو أطلق الوقف على الكنائس فهل يبطل ، أفتى شيخنا صالح بالبطلان لأن الظاهر من الوقف عليها الوقف على مصالحها الممنوع وهو ماكان يظهر اهـ (قوله نحو الكنائس) وصريح ماذكر أن هذا إذا صدر من مسلم يكون معصية فقط ولا يكفر به ، وهو ظاهر لأن غايته أنه فعل أمرا محرما لايتضمن قطع الإسلام ، لكن نقل بالدرس عن شيخنا الشوبرى أن عمارة الكنيسة من المسلم كفر لأن ذلك منه تعظيم لغير الإسلام وفيه مالا يخفى

المضحى عنه (قوله إن كان بقدر أجرة المثل فأقل) أى وإلا بطل الوقف ، كذا فى بعض الهوامش فليراجع (قوله وهو أقرب) لعله سقط قبل لفظ قال السبكى إذ هو كذلك فى التحفة ، وإلا فقد استوجه هو الصحة (قوله لبعده عن قصد الجهة) تعليل لما قبل قوله وإلا كما هو ظاهر (قوله وعلى من يتلقى منه) انظر هل المراد من يتلقى منه

للتعبد وترميمها وإن مكناهم منه كما قاله السبكي والأذرعي وغيرهما أوقناديلها أو كتابة نحو التوراة (فباطل) لكونه إعانة على معصية . نعم مافعله ذمي لانبطله إلا إن ترافعوا إلينا وإن قضى به حاكمهم لا ماوقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة فلا نبطله بل نقرّه حيث نقرّها ؛ أما نحو كنيسة لنزول المارة أولسكنى قوم منهم دون غيرهم فيما يظهر فيصح الوقف عليها وعلى نحو قناديلها وإسراجها وإطعام من يأتي إليها منهم لانتفاء المعصية لأنها حينئذ رباط لا كنيسة كما فى الوصية ، ومن ثم جرى هنا جميع ما يأتي ثم ، ومما تعمّ به البلوى أنه يقف ماله على ذكور أولاده وأولاد أولاده حال صحته قاصدا بذلك حرمان إناثهم ، والأوجه الصحة وإن نقل عن بعضهم القول ببطلانه (أو) على ((جهة قربة كالفقراء) والمراد بهم هنا فقراء الزكاة كما هو ظاهر كلام الرافعي فى قسم الصدقات . نعم المكتسب كفايته ولا مال له يأخذها (والعلماء) وهم عند الإطلاق أصحاب علوم الشرع كالوصية والمدارس والكعبة والقناطر وتجهيز الموتى فيختص به من لاتركة له ولا منفق (صح) لعموم أدلة الوقف ولا نظر لكونه على جماد لأن نفع ذلك راجع على المسلمين ، ولا لانقطاع العلماء دون الفقراء لأن الدوام فى كل شيء بحسبه هذا كله عند إمكان حصر الجهة ، فلو لم يمكن ذلك كالوقف على جميع الناس صح كذلك أيضا كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى تبعا للسبكي خلافا للماوردي والروياني (أو) على (جهة لاتظهر فيها القربة) بين به أن المراد بجهة القربة ماظهر فيه قصدها وإلا فالوقف كله قربة (كالأغنياء صح فى الأصح) كما يجوز بل تسن الصدقة عليهم ، فالمراعى انتفاء المعصية عن الجهة فقط نظرا إلى أن الوقف تمليك كالوصية ، ومن ثم استحسنا بطلانه على أهل الذمة والفساق لأنه إعانة على معصية ، وهو مردود نقلا ومعنى ، وتمثيل المصنف صحيح ، ومن زعم عدم صحته مع سنّ الصدقة على الأغنياء فكيف لايظهر فيهم قصد القربة فقد وهم لوضوح الفرق بين مالا يظهر ولا يوجد ،

لأنا لانسلم أن ذلك فيه تعظيم غير الإسلام مع إنكاره فى نفسه وهو لايضر وبتسليمه فمجرد تعظيمه مع اعتقاد حقية الإسلام لايضر أيضا لجواز كون التعظيم لضرورة فهو تعظيم ظاهري لاحقيقي ، فإن صح مانقل عن شيخنا المذكور حمل على تعظيم يؤدي إلى حقارة الإسلام كاستحسان دين النصرانية من حيث هو دينها على دين الإسلام مع التعظيم (قوله للتعبد) أى ولو مع نزول المارة ، وقوله إلا إن ترافعوا إلينا : أى فنبطله وإن قضى الخ (قوله بل نقره حيث نقرها) أى وإن لم نعلم شروطه عندهم لجواز أن لايكون المعتبر فى شريعتنا معتبرا فى شريعتهم حين كانت حقا (قوله لنزول المارة) أى ولو ذميين (قوله حال صحته) أى أما فى حال مرضه فلا يصح إلا بإجازة الإناث لأن التبرع فى مرض الموت على بعض الورثة يتوقف على رضا الباقين (قوله والأوجه الصحة) أى مع عدم الإثم أيضا (قوله ولا مال له) قضية تخصيص الاستدراك بما ذكر أن من له مال يقع موقعا من كفايته لا يأخذ لأنه ليس فقيرا فى الزكاة ، والظاهر أنه غير مراد ، بل الظاهر أن مرادهم بالفقير هنا مايشمل المسكين فمن له مال يقع موقعا من كفايته لكنه لايكفيه فقير (قوله والعلماء) أى ويصرف لهم ولو أغنياء (قوله على جميع الناس صح) وعلى الصحة ينبغي أن يكفي الصرف لثلاثة ، لكن لايتجه هنا إذا فضل الريع عن كفايتهم لاسيما مع احتياج

بجهة الوقف خاصة حتى يخرج نحو الزوجة فلا يسرى عليه أو المراد ماهو أعم (قوله وإن قضى به حاكمهم) أى فنبطله إذا ترافعوا إلينا (قوله هذا كله الخ) هذا التعبير يوهم ابتداء أن ماسيذكره يخالف حكم ماذكره وليس كذلك فكان الأولى خلاف هذا التعبير (قوله لوضوح الفرق بين مايظهر ولا يوجد) قد يقال : ليس هذا حق الجواب لأن المعترض لم يسوّ بينهما بل ادّعى الظهور فى الإغياء الذى نفاه المصنف فكان حق الجواب إنما هو

ولو حصرهم كأغنياء أقاربه صح جزما كما بحثه ابن الرفعة وغيره ، والغنيّ هنا من تحرم عليه الزكاة ، قاله الزبيلى ، وبحث الأذرعى اعتبار العرف ثم تشكك فيه (ولا يصح) الوقف من ناطق لايحسن الكتابة (إلا بلفظ)ولا يأتى فيه خلاف المعاطاة وفارق نحو البيع بأنها عهدت فيه جاهلية فأمكن تنزيل النصّ عليها ، ولا كذلك الوقف ، فلو بنى بناء على هيئة مسجد أو مقبرة وأذن فى إقامة الصلاة أو الدفن فيه لم يخرج بذلك عن ملكه . نعم بناء المسجد فى الموات تكفى النية فيه لأنه ليس فيه إخراج الأرض المقصودة بالذات عن ملكه لاحقيقة ولا تقديرا حتّى يحتاج إلى لفظ قوى يخرجه عنه كما قاله فى الكفاية تبعا للماوردى ، ويزول ملكه عن الآلة باستقرارها فى محلها من البناء لاقبله ، إلا أن يقول ؛ هى للمسجد ، ويقبل ناظره له ذلك ويقبضه كما قاله القمولى والبلقينى ، وقول الرويانى : لوعمر مسجدا خرابا ولم يقف الآلة كانت عارية يرجع فيها متّى شاء ، يمكن حمله على ما إذا لم ين بقصد المسجد والقول بخلافه على ما إذا بنى بقصد ذلك ، وفى كلام البغوى مايرد كلام الرويانى ، وألحق الأسنوى أخذا من كلام الرافعى بالمسجد فى ذلك المدارس والربط والبلقينى أخذا منه أيضا البئر المحفورة للسبيل والبقعة المحياة مقبرة . قال الشيخ أبو محمد: وكذا لو أخذ من الناس شئ ء ليبنى به زاوية أو رباطا فيصير كذلك بمجرد بنائه

غيرهم اه سم على حج . وظاهرهوإن كان المدفوع لهم أغنياء (قوله من تحرم عليه الزكاة) أى بمال له لا بالقدرة على الكسب لما مر فىالفقير اه . لكن فى سم على حج مانصه : قوله والغنى الخ شامل للمكتسب السابق إلحاقه بالفقراء فىالأخذ من الوقف عليهم ، فعلى هذا الشمول يلزم أن يأخذ المكتسب المذكور مع الأغنياء ومع الفقراء وهو بعيد (قوله ولا يأتى فيه) أى الوقف ، وقوله وفارق البيع : أى حيث جرى فيه الخلاف (قوله فأمكن تنزيل النص عليها) وهو قوله « إنما البيع عن تراض » فحمل على البيع المعروف لهم ولو بالمعاطاة عند من يقول بها (قوله ويقبضه) هو واضح فيما له ناظر ، أما ما لا ناظر له كمن أحيا مواتا بقصد المسجدية فإن ما أحياه يصير مسجدا ولا ناظر له ، فإذا أعدّ له آلة قبل الإحياء ثم بنى بها فيه يتبين أنه ملكها من حين الإعداد اه حج بالمعنى : أى وأما ما أعدّه بعد الإحياء لنحو ترميمه أو إكمال بنائه ويزول ملكه عن الآلة باستقراره فى محله الخ ، ثم ماذكر من أن المسجد قد يكون لا ناظر له ظاهر فيمن شرع فى إحياء مسجد فى موات فإنه قبل تمام الإحياء لم يثبت له حكم المسجدية فلاناظر له ، أما بعد تمام الإحياء فيكون ناظره الحاكم (قوله يمكن حمله) معتمد (قوله بالمسجد فى ذلك) أى أنه يصير وقفا بنفس البناء فى الموات (قولهليبنى به زاوية) واشتهر عرفا فى الزاوية أنها

ادعاء منع الظهور (قوله ويزول ملكه عن الآلة الخ) هو من كلام الكفاية أيضا تبعا للماوردى ، ويدل عليه ما يأتى فى الشارح فكان الأولى تأخير قوله كما قاله فى الكفاية الخ عنه (قوله واعتراض القمولى والبلقينى الخ)(١) ليس فيما رأيته من نسخ الشارح لهذا خبر ، ولعله سقط من الكتبة ، وعبارة التحفة : واعترض القمولى والبلقينى ماذكره آخرا بأن الذى ينبغى توقف ملكه للآلة على قبول ناظره وقبضه ، وفيه نظر لأن الكلام فى الآلة التى يحصل بها الإحياء وهو حينئذ لاناظر له لعدم وجود المسجدية إلا بعد أن يوجد من البناء مايحصل به الإحياء ، وإذا تعذر الناظر حينئذ اقتضت الضرورة أن ماسيصير مسجدا يتبين أنه ملك تلك الآلة بمجرد قوله ، فما قاله : أى الماوردى صحيح لا غبار عليه انتهت (قوله ماذكره آخرا) يعنى صاحب الكفاية تبعا للماوردى وقوله آخرا : أى قوله مالم يقل هى للمسجد (قوله وغيرهما) بالجر عطفا على القمولى والبلقينى : أى واعتراض غيرهما ، وحينئذ فقوله يمكن حمله لايصح أن يكون خبرا له إلا بتكلف ، إذ الذى يمكن حمله إنما هو كلام الرويانى لا الاعتراض المقدّر الذى

---

(١) (قول المحشى قولهواعتراض القمولى والبلقينى الخ) والقولتان بعدها ليس موجودا بنسخ الشرح التى بأيدينا اه مصححه .

أما الأخرس فيصح بإشارته وأما الكاتب فبكتابته مع النية (وصريحه) ما اشتق من لفظ الوقف، نحو (وقفت كذا على كذا (أو أرضى) أو أملاكى (موقوفة) أو وقف (عليه والتسبيل والتحبيس) أى ما اشتق منهما كأملاكى حبس عليه (صريحان على الصحيح) فيهما لاشتهارهما شرعا وعرفا فيه. والثانى أنهما كنايتان لعدم اشتهارهما كاشتهار الوقف، وقيل الأول كناية والثانى صريح (ولو قال تصدقت بكذا صدقة محرمة) أو مؤبدة (أو موقوفة) ولا يشكل ذكر الخلاف فى هذه مع صراحة أرضى موقوفة بلا خلاف لأن فيها خلافا أيضا. وعلى عدمه فموقوفة فى الأولى وقعت مقصودة، وفى الثانية وقعت تابعة فضعفت صراحتها أو مسبلة أو محبسة أو صدقة حبس أو حبس محرم أو صدقة ثابتة أو بتلة كما قاله ابن خيران أولا تورث (أو لاتباع ولا توهب) الواو هنا بمعنى أو، إذ أحدهما كاف كما صححه فى البحر، وجزم به ابن خيران وابن الرفعة وإن نازع فيه السبكى (فصريح فى الأصح) لأن لفظ التصدق مع هذه القرائن لايحتمل سوى الوقف، ومن ثم كان هذا صريحا بغيره، وإنما لم يكن قوله لزوجته أنت بائن منى بينونة محرمة لاتحلين لى بعدها أبدا صريحا لاحتماله غير الطلاق كالتحريم بالفسخ بنحو رضاع، والثانى كناية لاحتمال تأكيد ملك المتصدق عليه. وقيل لاتكفى صدقة محرمة حتى يقول لاتباع ولا توهب (وقوله تصدقت فقط ليس بصريح) فى الوقف ولاكناية فلا يحصل وقف به (وإن نواه) لتردده بين صدقة الفرض والنفل والوقف (إلا أن يضيفه إلى جهة عامة) كتصدقت به على الفقراء (وينوى الوقف) فيصير كناية كما هو ظاهر الروضة كأصلها وصوبه الزركشى. ويحصل الوقف به لظهور اللفظ حينئذ فيه بخلافه فى المضاف

ترادف المسجد وقد ترادف المدرسة وقد ترادف الرباط فيعمل فيها بعرف محلها المطرد وإلا فبعرف أقرب محل إليه كما هو قياس نظائره اهـ حج. أقول: وعليه فلو أخذ من جماعة فى بلاد متفرقة مثلا ليبنى زاوية فى محلة كذا كان العبرة بعرف محلة الزاوية دون الدافعين، لكن هل يشترط علم الدافعين بعرف محلة الزاوية ولو لم يقصد الآخذ محلا بعينه حال الأخذ لبناء الزاوية حتى يصح ذلك ويتخير فى المحل الذى يبنى فيه أو لابد من التعيين؟ فيه نظر، ولا يبعد الصحة توسعة فى النظر لجهة الوقف ما أمكن، ثم لو بقى من الدراهم التى أخذها لما ذكر شىء بعد البناء، فينبغى حفظه ليصرف على مايعرض له من المصالح، وفى سم على حج: فرع: فى فتاوى السيوطى مانصه: مسئلة المدارس المبنية الآن بالديار المصرية وغيرها ولا يعلم للواقف نص على أنها مسجد لفقد كتاب الوقف ولا تقام بها جمعة هل تعطى حكم المسجد أم لا؟ الجواب المدارس المشهورة الآن حالها معلوم، فمنها ماعلم نص الواقف أنها مسجد كالشيخونية فى الإيوانين خاصة دون الصحن، ومنها ماعلم نصه أنها ليست بمسجد كالكاملية والبيبرسية، فإن فرض مايعلم فيه ذلك ولو بالاستفاضة لم يحكم بأنها مسجد لأن الأصل خلافه اهـ. وأفهم أن مالم يعلم فيه شىء لا بالاستفاضة ولا غيرها يحكم بمسجديته اكتفاء بظاهر الحال (قوله أما الأخرس) محترز من ناطق (قوله حبس عليه) أى محبوسة وهو بفتح الحاء مصدر حبس إذا وقف وبضمها الموقوف فى المختار الحبس بوزن القفل ماوقف (قوله أو حبس محرم) أى أو صدقة حبس محرم؟ (قوله صريحا بغيره) وهو ماضمه إلى

هو المبتدأ (قوله حبس عليه) لعله بضم الحاء والباء جمعا لحبيس حتى يناسب التفسير قبله (قوله مع صراحة أرضى موقوفة بلا خلاف) أى مع ذكره صراحة ذلك بلا خلاف حتى يلاقى الجواب بأن فيها خلافا أيضا على مافيه، وإلا فكيف يسلم أنه لا خلاف فيها ثم يدعى فيه الخلاف (قوله لاحتماله غير الطلاق) والقياس حينئذ أنه إذا لم يدع الطلاق يمنع عنها مؤاخذة له بإقراره ثم يستفسر وأنه لايقبل تفسيره بغير الثلاثة المذكورة

إلى معين ولو جماعة لايكون كناية فى الوقف وإن نواه ، ، إذ هو صريح فى التمليك بلا عوض ، فإن قبل وقبضه ملكه وإلا فلا ، ونقل الزركشى عن جمع أنه متى نوى به الوقف كان وقفا فيما بينه وبين الله تعالى (والأصح أن قوله حرمته أو أبدته ليس بصريح) لعدم استعماله مستقلا بل مؤكد كما مر فيكون كناية لاحتماله وإتيانه بأو لدفع إيهام أن أحدهما ليس بكناية . والثانى أنهما صريحان لإفادتهما الغرض كالتحبيس والتسبيل (و) الأصح وإن نازع فيه الأسنوى (أن قوله جعلت البقعة مسجدا) من غير نية صريح حينئذ (تصير به مسجدا) ولو لم يأت بشىء مما مر لأن المسجد لايكون إلا وقفا . والثانى لاتصير لأنه وصفها بما وصفها الشارع بقوله « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » والخلاف عند الإطلاق ، فلو نوى به الوقف أو زاد لله صار مسجدا قطعا ، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه لو قال أذنت فى الاعتكاف فيه صار مسجدا لأن الاعتكاف لايصح إلا فى مسجد بخلاف الصلاة ، وينبغى أن صيرورته مسجدا بذلك إنما هو لتضمن كلامه الإقرار به لا لكون ذلك صيغة إنشاء لوقفه حتى لو لم يوجد منه صيغة لذلك لم يكن وقفا باطنا (و) الأصح (أن الوقف على معين) واحد أو أكثر (يشترط فيه قبوله) إن كان أهلا ، وإلا فقبول وليه عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة والوصية . إذ دخول عين أو منفعة فى ملكه قهرا بغير الإرث بعيد ، وهذا هو الذى صححه الإمام وأتباعه وعزاه الرافعى فى الشرحين للإمام وآخرين ، وصححه فى المحرر ، ونقله فى زيادة الروضة عنه مقتصرا عليه ، وهو المعتمد وإن رجح فى الروضة فى السرقة عدم الاشتراط نظرا إلى أنه بالقرب أشبه منه بالعقود ، ونقله فى شرح الوسيط عن النص ، وانتصر له جمع بأنه هو الذى عليه الأكثرون واعتمدوه ، وعلى الأول لايشترط قبول من بعد البطن الأول بل الشرط عدم الرد وإن كان الأصح أنهم يتلقون من الواقف ، فإن ردوا فمنقطع الوسط ، فإن رد الأول بطل الوقف ، ولو رجع بعد الرد لم يعد له ، وعلم منه أنه لو رد بعد قبوله لم يؤثر ، ولو وقف على ولده فلان ومن يحدث له من الأولاد ولم يقبل الولد لم يصح الوقف خلافا لبعضهم ، ولا يشترط قبول ورثة حائزين وقف عليهم مورثهم مايفى

تصدقت ونحوه ، وقوله إذ هو صريح معتمد ، وقوله كان وقفا الخ معتمد (قوله صار مسجدا) قضية قوله صار أن هذا صريح فى إنشاء وقفها مسجدا ، ومن ثم بحث فيه الشارح بما سيأتى (قوله فى الاعتكاف) أى أو فى صلاة التحية فيه (قوله يشترط فيه قبوله) ولو متراخيا وإن طال الزمن حيث كان الموقوف عليه غائبا فلم يبلغه الخبر إلا بعد الطول . أما لو كان حاضرا فيشترط الفور أخذا من قول الشارح عقب الإيجاب ، لكن لو مات الواقف هل يكفى قبوله بعد موته أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر عدم صحة القبول لإلحاقهم الوقف بالعقود دون الوصية . وقوله قبوله : أى فلو لم يقبل المعين ولا وليه لم يصح الوقف فى حصة من لم يقبل ، وفى سم على منهج : فرع : مال م ر إلى بطلان الوقف فيما لو مات البطن الأول قبل القبول أو رد الواقف ، وقال : إن فى المنقول مايساعده فليحرر اه سم على منهج . وهو مستفاد من قول الشارح فإن رد الأول بطل الوقف ، وقول سم رد الواقف : أى رجع قبل القبول (قوله وإلا فقبول وليه) أى فلو لم يقبل وليه بطل الوقف سواء كان الولى الواقف أو غيره ، ومن لا ولى له خاص فوليه القاضى فيقبل له عند بلوغ الخبر أو يقيم على الصبى من يقبل له ، فلو وقف على جمع فقبل بعضهم دون البعض بطل فيما يخص من لم يقبل عملا بتفريق الصفقة (قوله بل الشرط عدم الرد) أى فيمن بعد الأول فلو رد بطل فيما يخصه وانتقل لمن بعده ويكون كمنقطع الوسط (قوله بطل الوقف) هذا يشعر بصحة الوقف ابتداء وأنه إنما

(قوله ولا يشترط قبول ورثة حائزين) الظاهر أن هذا وما بعده فى الوقف بعد الموت كما يدل عليه السياق فليراجع .

به الثلث على قدر أنصبائهم فيصح ، ويلزم من جهتهم بمجرد اللفظ قهرا عليهم لأن القصد من الوقف دوام الثواب للواقف فلم يملك الوارث ردّه ، إذ لاضرر عليه فيه . ولأنه يملك إخراج الثلث عن الوارث بالكلية فوقفه عليه أولى . ولو وقف جميع أملاكه كذلك ولم يجيزوه نفذ فى ثلث التركة قهرا عليهم كما مر ، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو وقف على من يقرأ على قبره بعد موته فمات ولم يعرف له قبر بطل وقفه ، وخرج بالمعين الجهة العامة وجهة التحرير كالمسجد فلا قبول فيه جزما ولم ينب الإمام عن المسلمين فيه بخلافه فى نحو القود لأن هذا لابد له من مباشر . ولو وقف على مسجد لم يشترط قبول ناظره بخلاف ماوهب له (ولو رد) الموقوف عليهم أو بعضهم الوقف (بطل حقه) منه (شرطنا القبول أم لا) كالوصية . نعم لو وقف على ولده الحائز مايخرج من الثلث لزم ولم يبطل حقه برده كما مر . ولما تم الكلام على أركانه الأربعة شرع فى ذكر شروطه . وهى : التأبيد . والتنجيز وبيان المصرف . والإلزام . فقال (ولو قال وقفت هذا) على الفقراء أو على مسجد مثلا (سنة) مثلا (فباطل) وقفه لفساد الصيغة ، إذ وضعه على التأبيد وسواء فى ذلك طويل المدة وقصيرها . نعم ينبغى أن يقال لو وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد بقاء الدنيا إليه صح كما بحثه الزركشى كالأذرعى لأن القصد منه التأبيد دون حقيقة التأقيت . ولا أثر لتأقيت الاستحقاق كعلى زيد سنة ثم على الفقراء . أو إلا أن يولد لى ولد كما نقله البلقينى عن الخوارزمى ، وجزم به ابن الصباغ وجرى عليه فى الأنوار . ولا للتأقيت الضمنى فى منقطع الآخر المذكور فى قوله (ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله) أو نحوهما مما لايدوم ولم يزد على ذلك (فالأظهر صحة الوقف) لأن مقصوده القربة والدوام فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير (فإذا انقرض المذكور) أو لم تعرف أرباب الوقف (فالأظهر أنه يبقى وقفا) لأن وضع الوقف الدوام كالعتق ولأنه صرفه عنه فلا يعود كما لو نذر هديا إلى مكة فرده فقراؤها . والثانى يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو إلى ورثته إن كان مات . لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد فتعين ارتفاعه (و) الأظهر (أن مصرفه

يبطل إذا مات ولم يعلم له قبر . ومفهومه أنه إذا علم له قبر بعد الموت استمرت الصحة وقد تقدم فى كلامه البطلان فى الوقف على القراءة على رأس قبره أو قبر أبيه الحىّ فليتأمل الجمع بينهما ، وفى حج بعد حكاية هذا عن ابن الصلاح مانصه : على أنه يأتى تفصيل فى مسئلة القراءة على القبر فاعلم ، ثم قال : ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من يقرأ على قبرى أو على قبر أبى وأبوه حىّ ، بخلاف وقفته الآن أو بعد موتى على من يقرأ على قبرى بعد موتى فإنه وصية ، وإن خرج من الثلث أو أجيز وعرف قبره صح وإلا فلا اهـ . فيحمل قول الشارح هنا بأنه لو وقف على من يقرأ الخ على مالو كان صورة الوقف وقفت الآن على من يقرأ على قبرى بعد موتى فيصح ، ويؤيده ما سيأتى فى قول الشارح أنه لو نجز وعلق إعطاءه للموقوف عليه بالموت جاز فليتأمل ، وعليه فالريع الحاصل فى حياته للواقف كالفوائد الحاصلة من الموصى به (قوله ولو وقف على مسجد) وينبغى أن مثله الرباط والمدرسة والمقبرة لمشابهتها للمسجد فى كون الحق فيها لله تعالى (قوله كما بحثه الزركشى) قد يشكل على هذا ماقالوه فى البيع والنكاح من عدم الصحة فيهما ، إلا أن يقال : الوقف لكون المقصود منه القربة المحضة نظروا لما يقصد من اللفظ دون مدلوله (قوله فإذا لم (١) يبين مصرفه) أى جميع مصرفه بل اقتصر على أوّله . أما لو لم يذكر مصرفا فباطل لما يأتى فى قول المصنف الآتى ولو اقتصر على وقفت فالأظهر بطلانه (قوله فرده) أى فلا

---

(١) (قول المحشى قوله فإذا لم يبين الخ) ليس فى النسخ التى بأيدينا اهـ مصححه .

أقرب الناس) رحما لا إرثا فيقدم وجوبا ابن بنت على ابن عم . ويؤخذ منه صحة ما أفتى به العراقى أن المراد بما فى كتب الأوقاف ثم الأقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة فلا ترجيح بهما فى مستويين فى القرب من حيث الرحم والدرجة ، ومن ثم قال : لم يرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر ، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر (إلى الواقف) بنفسه (يوم انقراض المذكور) لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات ، فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه لأن الأقارب مما حثّ الشرع عليهم فى جنس الوقف لخبر أبى طلحة « أرى أن تجعلها فى الأقربين » وبه فارق عدم تعينهم فى نحو الزكاة على أن لهذه مصرفا عينه الشارع بخلاف الوقف ، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الريع لمصالح المسلمين كما نص عليه البويطى فى الأولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ماقاله سليم الرازى وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، أو قال ليصرف من غلته لفلان كذا وسكت عن باقيها فكذلك ، وصرح فى الأنوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد الوقف بخلاف الزكاة . أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه كما أفاده الزركشى وهو ظاهر (ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لى) أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء مثلا (فالمذهب بطلانه) لتعذر الصرف إليه حالا ومن بعده فرعه . والطريق الثانى فيه قولان : أحدهما الصحة ، وصححه المصنف فى تصحيح التنبيه . ولو لم يذكر بعد الأوّل مصرفا بطل قطعا لأنه منقطع الأوّل والآخر . ولو قال وقفت على أولادى ومن سيولد لى على ما أفصله ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله وقفت على أولادى ومن سيولد لى لأن التفصيل بعده بيان له (أو) كان الوقف (منقطع الوسط) بالتحريك (كوقفته على أولادى ثم) على (رجل) مبهم . وبه يعلم أنه لايضر تردد فى صفة

يعود للناذر (قوله ويؤخذ منه صحة الخ) مثله فى حج بالحرف (قوله بل هما مستويان) وقضيته أن الأخ الشقيق والأخ للأب مستويان لكن [١] (قوله بنفسه) أو بوكيله عن نفسه اهـ حج (قوله صرف الريع الخ) معتمد (قوله فكذلك) أى كمنقطع الآخر ، وظاهره أنه ولو كان المعين للصرف فى الطبقة الأولى يكون منقطع الأول فيما زاد على من سماه بل يصرف لأقرب رحم الواقف تبعا للمعين .

[فرع] فى الزركشى لو وقف على الأقارب اختص بالفقير منهم أيضا خلاف الوقف على الجيران اهـ سم على منهج . ولم يبين ما المراد بالجيران هنا ، والأقرب حمله على ما فى الوصية لمشابهة الوقف لها فى التبرع (قوله وهو ظاهر) ولعل وجهه أن ما وقفه الإمام مبنى على النظر لما فيه مصلحة المسلمين ، فحيث انقطع من وقفه عليهم لخصوص مصلحة تتعلق به ككونه عالما رجع إلى عموم مصلحتهم لا لأقاربه ، وهذا ظاهر فيما وقفه الإمام من بيت المال ، أما ما وقفه من مال نفسه فينبغى أنه كغيره فى الصرف لأقاربه (قوله بالتحريك) أى على الأفصح

(قوله بنفسه) أو بوكيله بين به أن المراد من له الوقف لا من تعاطى الوقف كالوكيل (قوله وصرح فى الأنوار) أى بناء على القول الثانى (قوله فيصرف للمصالح لا لأقاربه) أى إذا كان الوقف من أموال بيت المال كما هو ظاهر (قوله أنه لايضرّ تردد) أى فى عبارة الواقف بأن كانت مترددة بين أمرين ، وهناك من القرائن مايدل على

---

(١) (قوله لكن) بيض بعده فى النسخ التى بأيدينا اهـ .

أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعينه إذ لايتحقق الانقطاع إلا مع الإبهام من كل وجه (ثم الفقراء فالمذهب صحته) لوجود المصرف حالا ومآلا ، و مصرفه عند الانقطاع كمصرف منقطع الآخر . لكن محله إن عرف أمد انقطاعه ، فإن لم يعرف كرجل صرف بعد موت الأول لمن بعد المتوسط كالفقراء كما أفاده ابن المقرى . وإطلاق الشارح ككثير محمول على ذلك (ولو اقتصر على) قوله (وقفت) كذا ولم يذكر مصرفا أو ذكر مصرفا متعذرا كوقفت كذا على جماعة (فالأظهر بطلانه) وإن قال لله لأن الوقف يقتضى تمليك المنافع فإذا لم يعين متملكا بطل كالبيع ولأن جهالة المصرف كعلى من شئت ولم يعينه عند الوقف أو من شاء الله يبطله فعدمه بالأولى . وإنما صح أوصيت بثلثى ولم يذكر مصرفا حيث يصرف للمساكين القائل به مقابل الأظهر هنا لأن غالب الوصايا لهم فحمل الإطلاق عليه ، ولأنها أوسع لصحتها بالمجهول والنجس . وما بحثه الأذرعى من أنه لو نوى المصرف واعترف به صح مردود كما قاله الغزى بأنه لو قال طالق ونوى زوجته لم يصح لأن النية إنما تؤثر مع لفظ يحتملها ولا لفظ هنا يدل على المصرف أصلا ، ويؤخذ منه أنه لو قال فى جماعة أو واحد نويت معينا لايصح قيل وهو متجه (ولا يجوز) أى لايحل ولا يصح (تعليقه) فيما لايضاهى التحرير (كقوله إذا جاء زيد فقد وقفت) كذا على كذا لأنه عقد يقتضى نقلا لله تعالى أو للموقوف عليه حالا كالبيع والهبة ، أما ما يضاهيه كجعلته مسجدا إذا جاء رمضان فالظاهر صحته كما ذكره ابن الرفعة ، ومحل ذلك مالم يعلقه بالموت ، فإن علقه به كوقفت دارى بعد موتى على الفقراء فإنه يصح ، قاله الشيخان ، وكأنه وصية لقول القفال لو عرضها للبيع كان رجوعا ، ويفرق بينه وبين المدبر بأن الحق المتعلق به وهو العتق أقوى ، فلم يجز الرجوع عنه إلا بنحو البيع دون نحو العرض عليه ، ونقل الزركشى عن القاضى أنه لو نجزه وعلق إعطاءه للموقوف عليه بالموت جاز كالوكالة ، وعليه فهو كالوصية أيضا فيما يظهر (ولو

ويجوز فيه الإسكان (قوله دلت قرينة) فى عبارة الواقف (قوله قبله) أى قبل مافيه التردد (قوله وإن قال لله) قال السبكى : ومحل البطلان مالم يقل لله وإلا فيصح ثم يعين المصرف اه شرح الروض اه سم على منهج (قوله لايصح قيل وهو متجه) عبارة حج قبل وهو متجه اه . والمراد منها ظاهر ، أما ما ذكره الشارح فلم يظهر المراد منه ، فإن عدم الصحة لم تؤخذ مما ذكر لأن قوله على جماعة أو واحد محتمل لما نواه وهو مقتض للصحة ، اللهم إلا أن يقال : إنه لما لم يكن فيه تعيين كان كما لو قال وقفت واقتصر عليه وحكمه مامر من عدم الصحة وإن نوى معينا فيكون ماذكر مثله (قوله ولا يجوز تعليقه الخ) ومن ذلك مايقع فى كتب الأوقاف من قولهم وأن ما سيحدث فيه من البناء يكون وقفا فإنه لايصح لعدم تنجيز وقفيته وهو باق على ملك البانى ولو كان هو الواقف ، لكن سيأتى بعد قول المصنف بل يشترى بها عبدا الخ أن ما يبنيه من ماله أو من ريع الوقف فى الجدران الموقوفة يصير وقفا بالبناء لجهة الوقف (قوله أما ما يضاهيه) عبارة الروض : فيصح مؤبدا كما لو ذكر فيه شرطا فاسدا ، قاله الإمام وتبعه غيره اه . وقضية ذلك استثناء مايضاهى التحرير أيضا مما سيأتى فى قوله ولو وقف بشرط الخيار بطل على الصحيح اه سم على حج .

إرادته أحدهما وليس المراد تردد الواقف لأنه مانع من صحة الوقف (قوله فإن لم يعرف كرجل) أى الذى هو صورة المتن ، ومثال مايعرف أمد انقطاعه كأن يقول على أولادى ثم على عبد زيد ثم على الفقراء (قوله كوقفت كذا على جماعة) أى ولم ينو معينا كما يعلم مما يأتى قريبا (قوله قاله الشيخان وكأنه وصية) قال الشارح فى شرحه البهجة ، والحاصل أنه يصح ويكون حكمه حكم الوصايا فى اعتباره من الثلث وفى جواز الرجوع عنه وفى عدم صرفه

وقف) شيئا (بشرط الخيار) له فى الرجوع عنه ، أو فى بيعه متى شاء ، أو فى تغيير شىء منه بوصف ، أو زيادة أو نقص ، أو نحو ذلك (بطل) الوقف (على الصحيح) لما مر أنه كالبيع والهبة ، وفارق العتق حيث لم يفسد بالشروط الفاسدة ، كما قاله القفال واعتمده السبكى ، بل قال إن خلافه غير معروف بأنه مبنى على السرايه لتشوف الشارع إليه ،ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط كما لو طلق على أن لا رجعة له (والأصح أنه إذا وقف بشرط أن لايؤجر) أصلا أو سنة أو لايؤجر من ذى شوكة كما قاله الأذرعى ، أو أن الموقوف عليه يسكن فيه بنفسه (اتبع فى غير حالة الضرورة (شرطه) كسائر شروطه التى لاتخالف الشرع وذلك لما فيه من وجود المصلحة . والثانى لايتبع شرطه لأنه حجر على المستحق فى المنفعة ، وخرج بغير حالة الضرورة ما لو لم يوجد إلا من لايرغب فيه إلا على وجه مخالف لذلك فيجوز لأن الظاهر أنه لايريد تعطيل وقفه ، ولو انهدمت الدار المشروط عدم إجارتها إلا مقدار كذا ولم تمكن عمارتها إلا بإجارتها أكثر من ذلك أو جرت بقدر مايفى بالعمارة فقط مراعيا مصلحة الواقف لا مصلحة المستحق ، ويجب أن يعدد العقود فى منع أكثر من سنة مثلا وإن شرط منع الاستئناف كذا أفتى به ابن الصلاح ، وخالفه تلميذه ابن رزين وأئمة عصره فجوزوا ذلك فى عقد واحد ، وقول بعض الشراح لاتجوز إجارته مدة طويلة لأجل عمارته لأن بها ينفسخ الوقف بالكلية كما يقع بمكة غير معول عليه ، لأن غرض الواقف بقاء عينه وإن تملك ظاهرا بقاء الثواب له (و) الأصح (أنه إذا شرط فى وقف المسجد اختصاصه بطائفة كالشافعية) وزاد إن انقرضوا فللمسلمين مثلا أو لم يزد شيئا (اختص بهم) أى اتبع شرطه كما فى المحرر وغيره فلا يصلى ولا يعتكف به غيرهم رعاية لغرضه وإن كره هذا الشرط والثانى لايختص

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو قال وقفت دارى كوقف زيد هل يصح الوقف أو يبطل ؟ فيه نظر ، والجواب عنه بأن الظاهر أن يقال فيه : إن علم شروط وقف زيد قبل قوله ذلك صح الوقف وإلا فلا ، ويحتمل صحته مطلقا . وفى حالة جهله يبحث عنه لأنه معين فى الواقع . فإن عرف فذاك وإلا تبين البطلان ، والأول أقرب فليراجع . وقول سم : فيصح مؤبدا : أى من الآن (قوله وخرج بغير حالة الضرورة) يؤخذ منه أنه لو وجد من يأخذ بأجرة المثل ويستأجر على مايوافق شرط الواقف ومن يطلبه بزيادة على أجرة المثل فى إجارة تخالف شرط الواقف عدم الجواز فليتنبه له ، وأنه لو وجد من يأخذ بدون أجرة المثل ويوافق شرط الواقف فى المدة ومن يأخذ بأجرة المثل ويخالف شرط الواقف عدم الجواز أيضا رعاية لشرط الواقف فيهما (قوله فجوزوا ذلك) معتمد (قوله وإن كره هذا الشرط) فى فتاوى السيوطى المسجد الموقوف على معينين هل يجوز لغيرهم دخوله والصلاة فيه والاعتكاف بإذن الموقوف عليهم ؟ نقل الأسنوى فى الألغاز أن كلام القفال فى فتاويه يوهم المنع ، ثم قال الأسنوى من عنده : والقياس جوازه . وأقول : الذى يترجح التفصيل ، فإن كان موقوفا على أشخاص معينة كزيد وعمر وبكر مثلا أو ذريته أو ذرية فلان جاز الدخول بإذنهم ، وإن كان على أجناس معينة كالشافعية والحنفية والصوفية لم يجز لغير هذا الجنس الدخول ولو أذن لهم الموقوف عليهم ، فإن صرح الواقف بمنع دخول غيرهم لم يطرقه خلاف ألبتة . وإذا قلنا بجواز الدخول بالإذن فى القسم الأول فى المسجد والمدرسة والرباط كان لهم الانتفاع على نحو ماشرطه الواقف للمعينين لأنهم تبع لهم وهم مقيدون بما شرطه الواقف اهـ . وتقدم فى إحياء الموات فى شرح قوله ولو سبق رجل إلى موضع من رباط سبل أو فقيه إلى مدرسة الخ مانصه : ولغير أهل

للوارث وحكم الأوقاف فى تأبيده وعدم بيعه وهبته وإرثه (قوله لما مر أنه كالبيع) لعل المراد أنه كالبيع فى مطلق عدم قبوله للشرط ، وإلا فقد مر أن البيع لايبطل باشتراط الخيار

المسجد بهم لأن جعل البقعة مسجدا كالتحرير فلا معنى لاختصاصه بجماعة ولو خص المقبرة بطائفة اختصت بهم عند الأكثرين كما قاله الإمام ، ولو شغله شخص بمتاعه لزمته أجرته وهل تكون لهم الأقرب لا لأنهم ملكوا الانتفاع به لا المنفعة ، ولو انقرض من ذكرهم ولم يذكر أحدا بعدهم ، فالأوجه كما بحثه الأسنوى انتفاع سائر المسلمين به لأن الواقف لا يريد تعطل وقفه وليس أحد من المسلمين أولى به من أحد (كالمدرسة والرباط) والمقبرة إذا خصصها بطائفة فإنها تختص بهم قطعا لأن النفع هنا عائد إليهم ، بخلافه ثم فإن صلاتهم فى ذلك المسجد كفعلها فى مسجد آخر (ولو وقف على شخصين) كهذين (ثم الفقراء) مثلا (فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر) لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعا ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم ، فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثانى يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا ، ومحل الخلاف مالم يفصل ، وإلا بأن قال وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكى فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر بل الأقرب انتقاله للفقراء إن قال ثم على الفقراء ، فإن قال ثم من بعدهما على الفقراء فالأقرب انتقاله للأقرب إلى الواقف . ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء الواقف ؟ وجهان أوجههما كما أفاده الشيخ الأول وصححه الأذرعى ، ولو رد أحدهما أو بان ميتا فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد قال الماوردى والرويانى : لا شىء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء لأنه رتبه بعد عمرو وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئا فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئا وقال القاضى فى فتاويه : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء فمات ولد الولد ثم الولد يرجع للفقراء ، ويوافقه فتوى

المدرسة ما اعتيد فيها من نحو نوم بها وشرب وطهر من مائها مالم ينقص الماء عن حاجة أهلها على الأوجه اه . وكأن هذا فيما إذا لم يشرط الاختصاص بخلاف ما تقدم عن السيوطى ، أو هذا فيما اعتيد وذاك فى غيره فليحرر . وعبارة العباب : وإن شرط فى وقف المسجد اختصاص طائفة كالشافعية بالصلاة فيه صح وكره واختص بها فلا يجوز لغيرهم الصلاة فيه كما لو خص الرباط والمدرسة بطائفة اه سم على حج . أقول : وينبغى حمل ماذكر فى الشق الثانى من المنع على ما إذا شوش على الموقوف عليهم فلا ينافى ما تقدم فى إحياء الموات (قوله ولو خص المقبرة بطائفة الخ) معتمد ، وعليه فلو دفن بها غير من اختصت به فقياس نبش المغصوب لإخراج من دفن به أنه هنا كذلك ، وهل من التخصيص مالو اعتاد أهل بلد دفنا بمحل فيمتنع على غير أهله الدفن فيه أو يصير مقبرة من غير اختصاص بأحد ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه لم يسبق له اختصاص بمالك أزال ملكه عنه ، ومجرد العادة إنما اقتضت جواز الإقدام على الدفن ثم والأصل عدم الاختصاص (قوله الأقرب لا) وينبغى حفظها لمصالح الموقوف (قوله ولو شغله) أى المخصوص بطائفة (قوله انتفاع سائر المسلمين) أى على معنى أن لكل مسلم فيه حقا فهو كالمساجد التى لم يخصها واقفها بأحد فكل من سبق إلى محل منه فهو أحق به (قوله إلى الواقف) أى ويكون كمنقطع الوسط (قوله فلم يجز) أى بناء على ماتقتضيه القواعد التى بنيا عليها كلامهما (قوله وقال القاضى الخ) معتمد

(قوله فإنها تختص بهم قطعا) هذا ينافى ماقدمه قريبا من نسبته للأكثرين ، وهو تابع فيما ذكره هنا من القطع

البغوى فى مسئلة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعده عند استحقاقه ، قال الزركشى : وهذا هو الأقرب ، ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء فالأوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط لأن أولاد الأولاد لم يشرط لهم شيئا وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم ، واختار ابن أبى عصرون دخولهم وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم واختاره الأذرعى .

(فصل) فى أحكام الوقف اللفظية

(قوله وقفت على أولادى وأولاد أولادى يقتضى التسوية بين الكل) فى الإعطاء وقدر المعطى لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب خلافا للعبادى وإن نقله الماوردى عن أكثر الأصحاب ، ورد بأنه شاذ وبفرض ثبوته فمحله فى واو لمجرد العطف ، أما الواردة للتشريك كما فى ـ إنما الصدقات للفقراء والمساكين ـ فلا خلاف أنها ليست للترتيب (وكذا) يسوى بين الجميع (لو زاد ماتناسلوا أو بطنا بعد بطن) أو نسلا بعد نسل لاقتضائه التشريك لأنه لمزيد التعميم ، وهذا ما صححه فى الروضة تبعا للبغوى وهو المعتمد ، ومثله ماتناسلوا بطنا بعد بطن خلافا للسبكى ،

(قوله عند استحقاقه) وذلك عند صيرورته هو وبقية أهل الوقف فى درجة واحدة وذلك بعد موت أعمام ولد الولد المذكور فيشارك أولادهم لكون الجميع صاروا فى درجة واحدة ، ولا شىء له مع وجود الأعمام عملا بقول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى ، وقوله وهذا الخ معتمد (قوله أنه منقطع الوسط) أى فيصرف بعد الأولاد إلى أقرب رحم الواقف إن كان غير أولاد الأولاد ، فإن لم يكن ثم غيرهم أخذوا من حيث إنهم أقرب رحم الواقف لا من حيث إنهم موقوف عليهم .

(فصل) فى أحكام الوقف اللفظية

(قوله اللفظية) أى التى هى مدلول اللفظ (قوله تقتضى التسوية) أى ثم إن زاد على ماتناسلوا كان للتعميم فى جميع أولاد الأولاد وإلا كان منقطع الآخر بعد البطنين الأولين كما يأتى فى قوله وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها الخ (قوله ليست للترتيب) أى بل هى للتسوية وما هنا منه (قوله ومثله) أى مثل ماذكر من قوله ماتناسلوا أو بطنا بعد بطن مالو جمع بينهما (قوله خلافا للسبكى) أى حيث قال إنه إذا جمع بين قوله ماتناسلوا ، وقوله بطنا بعد بطن كان للترتيب . لايقال : ماذكره السبكى هو عين قول الشارح وقيل المزيد فيه الخ . لأنا نقول : هذا المحكى بقيل مصور بما إذا اقتصر على بطنا بعد بطن وهذا فيما لو جمع بينها وبين ماتناسلوا ، هذا ويحتمل أن المراد بما ذكر مخالفة السبكى فى بطنا بعد بطن سواء ضم إليها ماتناسلوا أولا ، وهذا مقتضى كلام شرح المنهج حيث قال :

للمتولى ، وفيما قدمه من نسبته للأكثرين للإمام (قوله يشارك ولده من بعده) أى ممن هو فى درجة الولد ، وقوله عند استحقاقه : أى عند دخول وقت استحقاقه بانقراض من فوقه ، ولا يمنعه ترتب استحقاقه على استحقاق أبيه الذى تضمنه كلام الواقف وهو لم يستحق .

(فصل) فى أحكام الوقف اللفظية

(قوله وهذا ماصححه فى الروضة) يعنى فى بطنا بعد بطن خاصة

وقيل المزيد فيه بطنا بعد بطن للترتيب ، وعلى الأول ففارق ماهنا ما يأتى فى الطلاق أن طلقة بعد أو بعدها طلقة أو قبل أو قبلها طلقة تقع به واحدة فى غير موطوءة وثنتان متعاقبتان فى موطوءة بأن ماهنا تقدم عليه ماهو صريح فى التسوية والعقبية بالبعدية ليس صريحا فى الترتيب لما مر أنها تأتى للاستمرار وعدم الانقطاع ، وأما ثم فليس قبلها مايفيد تسوية فعمل بما هو المتبادر من بعد ، وبهذا فارقت الأعلى فالأعلى لأنه صريح فى الترتيب (ولو قال) وقفته (على أولادى ثم أولاد أولادى ثم أولادهم ماتناسلوا أو) قال وقفته (على أولادى وأولاد أولادى الأعلى فالأعلى أو) الأقرب فالأقرب أو (الأول فالأول) بالجر كما بخطه بدلا مما قبله (فهو للترتيب) لدلالة ثم عليه ولتصريحه به فى الثانية وعملا به فيما لم يذكره فى الأولى ، لأن ماتناسلوا يقتضى التعميم بالصفة المتقدمة وهى عدم الصرف لبطن وهناك أحد من بطن أقرب منه كما صرح به البغوى وغيره ، وظاهر كلام المصنف كالروضة ، وأصلها أن ما تناسلوا قيد فى الأولى خاصة ، والأوجه كما صرّح به جمع أنه قيد فى الثانية أيضا ، فإن حذفه من أحدهما اقتضى الترتيب بين البطنين المذكورتين فقط ويكون بعدهما منقطع الآخر حيث لم يذكر مصرفا ، وبحث السبكى أنه لو وقف على ولده ثم ولد أخيه ثم ولد ولد بنته فمات ولده ولا ولد لأخيه ثم حدث لأخيه ولد استحق .

وقيل المزيد فيه بطنا بعد بطن للترتيب ، ونقل عن الأكثرين وصححه السبكى (قوله وعلى الأول) أى إنه للتعميم (قوله والعقبية) عبارة حج : وتعقيبه وهى أوضح (قوله لما مر) لم يتقدم فى كلامه ما ذكر ، لكن فى حج قبل هذا مانصه : لأن بعد تأتى بمعنى مع ثم قال والاستمرار وعدم الانقطاع (قوله ولو قال وقفته على أولادى) وبقى مالو قال وقفت على آبائى أو أمهاتى هل تدخل الأجداد فى الأول والجدات فى الثانى أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول . لايقال : قياس عدم دخول أولاد الأولاد مع وجود الأولاد عدم دخولهم . لأنا نقول : فرق ظاهر بينهما ، وهو أن الأولاد يتعددون بخلاف من ذكر من الآباء والأمهات فإنه لايكون للإنسان أبوان ، فالتعبير بصيغة الجمع دليل على دخول الأجداد والجدات ، ويكون لفظ الآباء والأمهات مستعملا فى حقيقته ومجازه (قوله ما تناسلوا) هو بمنزلة قوله وإن سفلوا (قوله الأعلى فالأعلى الخ) المراد من قوله فالأعلى ومن قوله فالأول الطبقة الثانية ، وعبر عنها بالأعلى والأول بالنظر لما بعدها من الطبقات (قوله بالجر كما بخطه) ويجوز نصبه على الحال لكنه قليل لكون الأول معرفة ، ولعل هذا سبب ضبط المصنف له بالجر (قوله وعملا به) أى الترتيب (قوله فيما لم يذكره) أى فيما لم يذكر الترتيب فيه فى الأولى وهو قوله فيها بعد قوله ثم أولاده ماتناسلوا (قوله فى الأولى) أى فلا يقال إن الترتيب إنما يعتبر فيما صرح به بثم أو نحوها وما عداه لاترتيب فيه ولكنه عام فى جميع من يوجد منهم ، ووجه الدفع ماصرح به من أن ماتناسلوا بالصفة المتقدمة وهى الترتيب وكأن هذا مأخوذ مما يأتى من أن الصفة المتقدمة تشمل الجميع (قوله أنه قيد فى الثانية) أى والثالثة أيضا وهى قوله أو الأول فالأول (قوله فإن حذفه) أى قوله ماتناسلوا (قوله استحق) هل المراد أنه يستحق ولد ولد البنت إلى حدوث ولد الأخ

(قوله لما مرّ أنها تأتى للاستمرار الخ) هو تابع فى هذه الإحالة للشهاب حج لكن ذاك قدم هذا فى كلامه بخلاف الشارح (قوله أنه قيد فى الثانية أيضا) أى قوله على أولادى وأولاد أولادى سواء قال الأعلى فالأعلى أو الأول فالأول فليس فى كلام المصنف غير مسئلتين فلا حاجة لما فى حاشية الشيخ (قوله ثم حدث لأخيه ولد استحق) والظاهر استقلاله بالاستحقاق دون ولد ولد بنته والفرق بينه وبين ماسيأتى فيما لو وقف على أولاده ولم يكن للواقف عند الوقف إلا ولد ولد ثم حدث له ولد حيث يشاركه أنه لما لم يكن للواقف عند الوقف إلا ولد الولد حملنا اللفظ على مايشمله

ولو اختلف أهل البطن الأول والثانى مثلا فى أنه وقف ترتيب أو تشريك أو فى المقادير حلفوا ، ثم إن كان فى أيديهم أو يد غيرهم قسم بينهم بالسوية ، أو فى يد بعضهم فالقول قوله ، وكذا الناظر إن كان فى يده ، وأفتى البلقينى فيمن وقف على مصاريف ثم الفقراء واحتاج الوقف إلى عمارة فعمره وبقيت فضلة بأنها تصرف لمن تجمد له تلك المصاريف ، لأن الواقف قدمها على الفقراء (ولا يدخل) الأرقاء فى الوقف على الأولاد لانتفاء ملكهم ، ويدخل فيهم الكفار ولو أهل حرابة كما هو ظاهر . نعم الأوجه فى المرتد وقف دخوله على إسلامه ولا (أولاد الأولاد) ذكورا أو إناثا (فى الوقف على الأولاد) والنوعان موجودان (فى الأصح) لأنه لايسمى ولدا حقيقة ،

فينقطع استحقاقه أو المراد أنه يستحق معه ؟ اه سم على حج . أقول : قياس ما يأتى للشارح فيما لو قال وقفت على أولادى ولا ولد له ثم حدث له ولد من التسوية بين من حدث وولد الولد الموجود حال الوقف الثانى ، ثم ماذكر من استحقاق ولد البنت بموت الولد ظاهر على مامر عن القاضى فيما لو قال وقفت على زيد ثم عمرو ثم بكر الخ . أما على مامر عن الماوردى والرويانى من أن بكرا لاشىء له فقياسه أن ولد البنت هنا لاشىء له مدة عدم حدوث ولد الأخ ، وإنما يعطى بعد حدوثه وموته وقبل الحدوث تصرف الغلة لأقرب رحم الواقف الفقير (قوله حلفوا) أى إن لم يكن فى يد بعضهم لما يأتى من أن القول قوله فلا معنى لتحليف غيره (قوله فالقول قوله) المتبادر من هذه العبارة أن القول قوله بيمينه وهو مشكل ، فإن الشخص لايثبت لغيره حقا بيمينه ، وهو هنا يثبت بيمينه حقا لأهل الوقف ، وإن كان منهم فالأقرب أنه يصدق بلا يمين ، ثم ماذكره الشارح يؤخذ منه جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن جماعة ادعوا أن أباهم مثلا وقف وقفه هذا على أولاد الظهور دون أولاد البطون وأقاموا بذلك بينة ، ثم بعد مدة أقام غيرهم بينة بأنه وقفه على أولاد الظهور وأولاد البطون ولم تسند واحدة من البينتين الوقف لتاريخ وهو أنهم يحلفون ، ثم إن كان فى أيديهم أو يد غيرهم قسم بينهم بالسوية ، أو فى يد بعضهم فالقول قوله ، وكذا الناظر إن كان فى يده ، وينبغى أن تصديق ذى اليد محله إذا لم تكن يده مستندة إلى البينة التى أقامها ، ومنه أيضا يعلم جواب ما وقع السؤال عنه من أن إنسانا كان متصرفا فى محلات مدة طويلة ثم وقفها وأقام عليها ناظرا فتصرف الناظر فيها بقية حياة الواقف وبعد موته أيضا ثم إن جماعة ادعوا أن ذلك موقوف على مسجد كذا ، وهو أنهم إن أقاموا بذلك بينة شرعية وبينت أنه وقف على المسجد قبل وضع هذا الواقف الثانى يده عليه قدموا ؛ وإلا فالقول قول الناظر بمقتضى وضع يده وتصرفه فى الوقف المترتب على يد الواقف وتصرفه (قوله وكذا الناظر) أى ولو امرأة (قوله فعمره) أى بما حصل من غلته ولم يدفع فى مدة العمارة ما يفى بالمصاريف التى عينها (قوله ويدخل فيهم) أى الأولاد ، وظاهره صحة الوقف بالنسبة إليهم واستحقاقهم منه ، وعليه فيفارق ماتقدم أنه لايصح الوقف

كما سيأتى لظهور إرادة الواقف له فصار فى رتبة الولد ، وأما هنا فإنما أعطينا ابن ابن البنت بمجرد ضرورة فقد ابن الأخ ، ولم تقم قرينة من جهة الواقف على جعله فى مرتبة ابن الأخ ، على أنه عطف هنا بثم المقتضية للترتيب بخلافه ثم فاندفع بحث الشيخ التشريك أخذا مما يأتى فتأمل (قوله على مصاريف ثم الفقراء) أى كأن وقف مايصرف من ريعه مقدار كذا لقراء أو نحوهم ومافضل عنهم للفقراء فإذا اتفق أن المصاريف كانت نصف الريع مثلا وكان مافضل عن العمارة النصف فأقل دفع المصاريف . ولا يقال : إن المصاريف قبل العمارة كانت لاتستغرق إلا النصف فليس لها إلا نصف مافضل (قوله وقف دخوله على إسلامه) انظر هل المراد أن المتوقف على الإسلام نفس دخوله فى الوقف حتى لايستحق فيما مضى فى زمن ردته أو المتوقف عليه تبين الدخول من حين الوقف ، ويؤخذ مما يأتى فى ولد

ولهذا صح أن يقال ما هو ولده بل ولد ولده ، وعدم حملهم اللفظ على حقيقته ومجازه لأن شرطه إرادة المتكلم له ولم يعلم هنا ومن ثم لو علمت فالأوجه دخولهم كما قطع به ابن خيران ، وعلى فرض تسليم عدم الاعتبار بإرادته فهنا مرجح وهو أقربية الولد المرعية فى الأوقاف غالبا فرجحته وبه فارق ما يأتى فى الوقف على الموالى . والثانى يدخلون لقوله تعالى - يابنى آدم - وخبر « ارموا يابنى إسمعيل فإن أباكم كان راميا » . أما إذا لم يكن حال الوقف على الولد إلا ولد الولد حمل عليه قطعا صيانة للفظ عن الإلغاء ، فلو حدث له ولد فالظاهر الصرف له لوجود الحقيقة وأنه يصرف لهم معه كالأولاد فى الوقف عليهم ، ويحتمل خلافه

على حربى بأن الوقف عليه هنا ضمنى تبعى ، وقضية ذلك عدم صحة الوقف لو كان جميع أولاده حربيين وصحته فيما تقدم على الحربى إذا كان ضمنيا كوقفت على هؤلاء وفيهم حربى . وقد يقال : ينبغى صحة الوقف وإن كان جميع الأولاد حربيين لأن المقصود الجهة : أى جهة الأولاد ، وقد يحدث له أولاد غير حربيين اهـ سم على حج لكنه قد يشكل على مامر من أنه لو وقف على ذمى ثم حارب لايستحق مدة حرابته بل يصير الوقف كمنقطع الوسط أو الآخر على الخلاف المتقدم . وقد يجاب بأنه لما كان الوقف على شخص بعينه ضعفت مشابهته للجهة فانتفى استحقاقه بعروض الحرابة ولا كذلك هنا (قوله ومن ثم لو علمت) أى كأن لم يكن له أو كان ونصب قرينة على دخولهم كقوله رفقا بأولاد أولادى أو بفلان وفلان مثلا وهما من أولاد الأولاد (قوله عدم الاعتبار بإرادته) أى بأن قلنا لاتشترط للحمل على المجاز إرادته مع الحقيقة (قوله ارموا) فى بعض النسخ تقديم ارموا على قوله يابنى الخ وهو أظهر ، وقد تمنع دلالة الحديث والآية للثانى بأن محل الخلاف إذا وجد النوعان كما مر ، وحين نزول الآية وورود الحديث لم يكن ثم أحد من أولاد آدم ولا إسمعيل فتعين صرف اللفظ لأولاد أولادهما (قوله فلو حدث له ولد الخ) لو قال وقفت على أولادى ثم أولاد أولادى وانقرضت أولاده صرف لأولاد أولادهم ، فلو حدث له بعد ذلك أولاد صرف لهم ، ولا يشاركهم أولاد الأولاد لأن إتيانه بثم يقتضى أنه لايصرف لأولاد الأولاد إلا مع فقد الأولاد ، ولا يرد عليه أنه لو قال وقفت على أولادى ولا ولد له وله ولد ولد صرف له ثم إذا حدث له ولد شاركه لأن ولد الولد ثم إنما صرف له صونا للوقف على البطلان لكونه منقطع الأول ، وما هنا حكم فيه بصحة الوقف لوجود الأولاد ، وإنما صرف لولد الولد لانقراضهم وحيث وجدوا فلا وجه لإعطاء ولد الولد معه ، بل القياس الرجوع على ولد الولد بما أخذه قبل حدوث الولد لأنه تبين أنه أخذ قبل دخول وقت استحقاقه من الوقف لأنه شرط فى استحقاقه انقراض الأولاد ، وقد تبين عدم الانقراض بحدوث الولد ، لكن منع من العمل بهذا القياس حمل الأولاد على الموجود مدة فقد غيره من الأولاد فلا رجوع على ولد الولد بما أخذه (قوله فالظاهر الصرف له) أى من حينه بقى مالو لم يكن له عند الوقف إلا حمل كأن كانت نسوته الأربع مثلا حوامل حينئذ فقياس ماتقدم من الحمل على ولد الولد إذا لم يكن له ولد الحمل هنا على الحمل اهـ سم على حج . أقول : وفى حمل الولد على الحمل إذا لم يكن إلا حمل نظر لايخفى لما مر من أن الوقف على الحمل غير صحيح ، وقد انحصر الاستحقاق فى هنا فليس تابعا لغيره فالقياس أنه منقطع الأول (قوله وأنه يصرف لهم معه الخ) أى بالسوية . وبقى مالو حدث له ولد ولد بعد وجود الولد هل يأخذ معهم حملا للفظ الأولاد على الذرية حيث تعذر المعنى الحقيقى والذرية كما تشمل الموجود تشمل الحادث بعد الواقف أولا اقتصارا على ماهو الأقرب للمعنى الحقيقى وهو ولد الولد ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأنه لو حمل الوقف على خصوص ولد الولد ابتداء لم يعط الولد الحادث كما لو قال وقفت على أولاد أولادى لايعطى الأولاد وإن كانوا موجودين ، فالصرف للولد الحادث

واستبعاد بعضهم الأوّل مردود، وما بحثه الأذرعى مع أنه لو قال على أولادى وليس له إلا ولد وولد ولد أنه يدخل لقرينة الجمع غير ظاهر، والأقرب مايصرح به إطلاقهم أنه يختص به الولد وقرينة الجمع يحتمل أنها لشمول من يحدث له من الأولاد، ولا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من الريع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه فى مدة النفى كما استظهره الشيخ رحمه الله (وتدخل أولاد البنات) قريبهم وبعيدهم (فى الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد) وإن بعدوا فى غير الأخيرة لصدق كل من هذه الأربعة بهم (إلا أن يقول) الرجل (على من ينسب إلىّ منهم) لأنهم لاينسبون إليه بل إلى آبائهم لقوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ وأما خبر «ابنى هذا سيد» فى حق الحسن بن على. فجوابه أنه من الخصائص كما ذكروه فى النكاح، فإن كان الواقف امرأة دخل أولاد بناتها لأن ذكر الانتساب فى حقها لبيان الواقع لا للإخراج، فلا ينافيه قولهم فى النكاح وغيره إنه لا مشاركة بين الأم وابنها فى النسب إذ لو لم يصر كذلك لزم إلغاء الوقف أصلا. فالعبرة فيها بالنسبة اللغوية لا الشرعية. ويكون

دليل على حمل الأولاد على الذرية الشاملة للولد الحادث ولولد الولد الحادث. وتردد سم على حج فيما لو قال وقفت على أولادى ولا ولد له وله أولاد أولاد وأولاد أولاد أولاد هل تدخل الطبقة الثالثة فى أولاد الأولاد حملا للفظ على مجازه وهم أولاد الأولاد الشاملة لأولاد الأولاد بالواسطة وبدونها أو يختص بأولاد الأولاد لقربهم للأولاد اهـ. أقول: ولا يبعد لما مر حمله عليهما بصرف الأولاد للذرية (قوله واستبعاد بعضهم) هو حج (قوله لا الشرعية) يؤخذ منه أن النسبة شرعا هى الانتساب من قبل الأب خاصة ومنه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها فى سنة تسع وستين وألف؛ وحاصلها: أن شخصا وقف على نفسه ثم على بنته فلانة وذكر شروطا وترتيبا بين الطبقات إلى أن قال: على أن من مات ولم يخلف ولد ولا ولد ولد فنصيبه إلى أقرب من ينسب إلى الميت ثم مات الواقف وانحصر الوقف فى بنته، ثم ماتت البنت ولم تخلف ولدا ولا ولد ولد وخلفت أمها وابن ابن عم لها هو ابن ابن أخى الواقف المذكور، فوقع السؤال هل الحق للأم لأنها أقرب للبنت أو لابن ابن العم؟ وحاصل الجواب المأخوذ مما ذكر أن الحق لابن ابن العم وأن الأم لاشىء لها فى ذلك لأنها لاتشارك الابن فى النسب لكونها أجنبية عن نسب أبيه فلم تشملها عبارة الواقف لما علم من اختصاص النسب شرعا بما كان من قبل الأب. فلو صرف إلى الأم من ريع الوقف شىء والحالة ماذكر كان فيه تقديم غير الشرعية على الشرعية فتنبه له، ولا تغتر بما نقل عن بعض أهل العصر من خلافه هذا، وفى المصباح النسبة إلى الأب صفة ذاتية إلى أن قال بعد كلام: والأوّل يعنى النسب إلى الأب هو الأصل فكان أولى، ثم استعمل فى مطلق الوصلة بالقرابة اهـ. ومنه يعلم أن حقيقة النسب لغة ما كان من جهة الأب. وعليه فاللغة والشرع يقتضيان تخصيص الوقف بابن ابن العم المذكور. ونظير هذا ما وقع السؤال عنه أيضا وذكر فيه، فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فإلى أقرب من ينسب إلى المتوفى إذ ذاك وانحصر الوقف فى بنت ثم ماتت عن أبيها وجدّتها أم أمها وابن عم للواقف وعن عتقاء الواقف، وهو أن الجواب عنه أن المستحق لريع الوقف المذكور هو أبو البنت المتوفاة عملا بقول الواقف، فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فإلى أقرب من

اللعان أن المراد الثانى فليراجع (قوله وقرينة الجمع يحتمل الخ) قضيته أنه لو قال على أولادى الموجودين دخول ولد الولد وهو ظاهر (قوله لبيان الواقع) بمعنى أن كلا من أولادها ينسب إليها بمعنى اللغوى فليس لها فرع لاينسب إليها بهذا المعنى ومن ثم كان الأولى تقديم ذكر أن المراد بالانتساب اللغوى على قوله فلا ينافيه الخ لأنه مرتب عليه كما لايخفى (قوله فالعبرة فيها) الأولى فالمراد فيها الخ.

كلام الفقهاء محمولا على وقف الرجل كما قدرناه فى كلامه . نعم لو قال الواقف على الذين ينسبون إلى بأمهاتهم لم يكن لأولاد البنين فيه شىء . واعلم أنه يقع فى كتب الأوقاف ، ومن مات انتقل نصيبه إلى من فى درجته من أهل الوقف المستحقين ، وظاهره أن المستحقين تأسيس لا تأكيد ، فيحمل على وضعه المعروف فى اسم الفاعل من الاتصاف حقيقة بالاستحقاق من الوقف حال موت من ينتقل إليه نصيبه ، ولا يصح حمله على المجاز أيضا بأن يراد الاستحقاق ولو فى المستقبل كما أفاد ذلك السبكى وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، لأن قوله من أهل الوقف كاف فى إفادة هذا فيلزم عليه إلغاء قوله المستحقين لأنه لمجرد التأكيد والتأسيس خير منه فوجب العمل به ، ولو وقف على أولاده أو بنيه وبناته دخل الخنثى لعدم خروجه عنهم . نعم يتجه أنه إنما يعطى المتيقن إذا فاضل بين البنين والبنات ويوقف الباقى إلى البيان ، ولا يدخل فى الوقف على أحدهما لاحتمال أنه من الصنف الآخر . قال الأسنوى : وهذا يوهم أن المال يصرف إلى من عينه من البنين أو البنات ، وهو غير مستقيم لأنا لا نتيقن استحقاقهم لنصيب الخنثى بل يوقف نصيبه إلى البيان كما فى الميراث ، وقد صرح به ابن المسلم ورده الوالد رحمه الله تعالى بأن كلام الشيخين هو المستقيم لأن سبب الاستحقاق مشكوك فيه وفيمن عداه موجود وشككنا فى

ينسب إلى المتوفى وذلك لانحصار أقرب المنسوبين إليها فى الأب فإن الأم وأم الأم لا نسب بينهما وبين المتوفاة ، لأن النسب إذا أطلق فى عبارة الفقهاء انصرف إلى النسب الشرعى وهو لا يكون إلا من جهة الآباء لقوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ (قوله ومن مات انتقل نصيبه الخ) قال حج : ويقع فى كتب الأوقاف أيضا لفظ النصيب والاستحقاق . وقد اختلف فى أنه يحمل على النصيب المقدر مجاز القرينة وهو ما عليه كثيرون ، وكاد السبكى أن ينقل إجماع الأئمة الأربعة عليه أو يختص بالحقيقى لأنه الأصل والقرائن فى ذلك ضعيفة وهو المنقول وعليه كثيرون أيضا ، ويؤيد الأول قول السبكى الخ ، وعلى هذا أفتيت فى موقوف على محمد ثم بنتيه وعتيقه فلان على أن من توفت منهما تكون حصتها للأخرى فتوفت إحداهما فى حياة الواقف بعد الوقف ثم محمد عن الأخرى وفلان بأن لها الثلثين وللعتيق الثلث ، ويؤيده أن الواقف الخ ، والذى حررته فى كتاب سوابغ المدد أن الراجح الثانى ، وهو الذى رجع إليه شيخنا بعد إفتائه بالأول ، ورد على السبكى وآخرين ومنهم البلقينى اعتمادهم له : أعنى الأول اهـ ملخصا . وهو موافق لما ذكره الشارح فى قوله واعلم أنه يقع الخ ، وقول حج أو يختص بالحقيقى قسيم قوله فى أنه يحمل على النصيب المقدر ، وقوله إن الراجح الثانى هو قوله أو يختص بالحقيقى ، وقوله وهو الذى رجع إليه شيخنا : أى وعليه فتقسم غلة الوقف بعد محمد على البنت الموجودة والعتيق نصفين ، لكنه قدم أن استحقاق البنت الثلثين ليس لمجرد قوله فإذا ماتت إحداهما فنصيبها للأخرى ، بل لأنه وجد من الواقف ما يدل على أن المراد النصيب ولو بالقوة كما هنا ، وقوله بعد إفتائه بالأول هو قوله يحمل على النصيب المقدر الذى أشار إليه بقوله وعلى هذا أفتيت الخ (قوله المستحقين) أفهم أنه لو لم يذكر المستحقين بل اقتصر على قوله من فى درجته من أهل الوقف انتقل نصيب الميت لمن فى درجته وإن كان محجوبا بمن فوقه (قوله تأسيس) أى بأن أفاد زيادة على ما أفاده قوله من أهل الوقف (قوله إذا فاضل) أى الواقف ، وقوله من عينه : أى الواقف (قوله بل يوقف نصيبه إلى البيان) قال سم على حج : فلو لم يكن حال الوقف إلا ولد خنثى فقياس وقف نصيبه أن يوقف أمر الوقف إلى البيان وقف تبين ، فإذا بان من نوع الموقوف عليه تبينا صحة الوقف وإلا فلا ، وأما ما اعتمده شيخنا الرملى نفيه نظر لأنه إن وقف الوقف أشكل بعدم وقف نصيبه إلا أن يفرق ، وإن أبطله أشكل بأن إبطال الوقف مع احتمال صحته وعدم تحقق المبطل مما لا وجه له فليتأمل (قوله بأن كلام الشيخين) أى ما اقتضاه كلامهما من أن المال

مزاحمة الخنثى له والأصل عدمه ، فأشبه ما لو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منهن أربع أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات فأسلم معه الوثنيات ومات قبل الاختيار ، أو طلق المسلم إحدى زوجتيه المسلمة والكتابية ومات قبل البيان فإن الأصح المنصوص أنه لايوقف شيء للزوجات بل تقسم كل التركة بين باقى الورثة لأن استحقاق الزوجات غير معلوم (ولو وقف على مواليه) أو مولاه فيما يظهر (وله معتق) بكسر التاء (ومعتق) بفتحها تبرعا أو وجوبا أو قرعة صح كما صرح به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ و (قسم بينهما) على عدد الرؤوس كما أفهمه كلام المعتمد للبندنيجى لا على الجهتين مناصفة لتناول الاسم لهما . نعم لايدخل مدبر وأم ولد لأنهما ليسا من الموالى حال الوقف ولا حال الموت (وقيل يبطل) لاحتماله بناء على أن المشترك مجمل وهو ضعيف أيضا ، ، والأصح أنه كالعام فيحمل على معنييه أومعانيه بقرينة ،وكذا عند عدمها عموما أواحتياطا كما قيل بكل منهما ولو لم يوجد سوى أحدهما حمل عليه قطعا ، فإذا طرأ الآخر شاركه على مابحثه ابن النقيب وقاسه على مالو وقف على إخوته فحدث آخر وهو ممنوع كما أفاده الولى العراقى بأن إطلاق المولى على كل منهما اشتراك لفظى . وقد دلت القرينة على إرادة أحد معنييه وهى الانحصار فى الموجود فصار المعنى الآخر غير مراد . وأما الأخوة فحقيقة واحدة وإطلاقها على كل من المتواطىء فيصدق على من طرأ . وما نوزع به من أن إطلاق المولى عليهما لا على جهة التواطؤ أيضا والموالاة شيء واحد لا اشتراك فيه لاتحاد المعنى مردود بمنع اتحاده ؛ ولأن الولاء بالنسبة للسيد من حيث كونه منعما وبالنسبة للعتيق من حيث كونه منعما عليه وهذان متغايران بلا شك ، ولو وقف على مواليه

لمن عينه من البنين والبنات (قوله والأصل عدمه) وقياس ما قدمه فيمن نفاه باللعان ثم استلحقه أنه لو اتضح بالذكورة يأخذ حتى المدة الماضية فليراجع (قوله فأشبه ما لو أسلم على ثمان الخ) فرق حج بين الخنثى وبين ما لو أسلم على ثمان كتابيات بأن التبين ثم تعذر بموته فلم يمكن الوقف مع ذلك ، بخلافه هنا فإن التبين ممكن فوجب الوقف إليه اهـ . ويؤيد مافرق به حج ما سيأتى للشارح فيما لو ماتت الزوجة وقد كان الزوج قال لزوجتيه إحداكما طالق وإحداهما كتابية أو وثنية من أنه يطالب بالبيان أو التعيين لأجل الإرث ، بخلاف مالو مات الزوج وإحداهما كتابية أو وثنية حيث لايوقف للمسلمة شيء مع إمكان أنها ليست المطلقة لليأس من البيان فيما لو مات الزوج دون ما لو ماتت (قوله تبرعا) هوتعميم فى المعتق ، وقوله أو وجوبا كأن نذر عتقه أو اشتراه بشرط العتق (قوله حال الوقف) أى لكونهما أرقاء ولا حال الموت : أى لأن عتقهما بعد موته وهو بعد الموت لا ولاء له وإنما هو لعصبته (قوله لاحتماله) أى فالوقف محتمل لهما أو لأحدهما (قوله فإذا طرأ الآخر شاركه) أى من حينئذ وهو ضعيف (قوله وهو ممنوع) قد يؤيد الأول مامر من أنه لو وقف على أولاده وليس له إلا ولد ولد حمل عليه ، فإذا حدث له ولد صرف له على مامر من أن إطلاق الولد على ولد الولد مجاز ودلت القرينة على انحصاره فيه ، اللهم إلا أن يقال : حمله على ولد الولد لفقد الولد صونا للوقف عن الإلغاء ، بخلاف المولى فإنه مشترك كما قاله الشارح فحمله على الموجود لكونه مسماه ، وكأنه قال وقفت هذا على من له على ولاء ، وهو إذا قال ذلك لم يدخل عتيقه (قوله من المتواطىء) أى من باب المتواطئ وهو الذى اتحد معناه فى إفراده

(قوله عموما أو احتياطا) فيه مخالفة لما فى جمع الجوامع فليراجع

من أسفل دخل أولادهم ولا مواليهم ، وقاس عليه الأسنوى مالو وقف على مواليه من أعلى ، ورد بأن يصرف نعمة ولاء العتق تشمل فروع العتيق فسموا موالى ؛ بخلاف نعمة الإعتاق فإنها تختص بالمعتق بخلاف فروعه ، ويرد بأن قوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » صريح فى شمول الولاء لعصبة السيد بل المصرح به فى كلامه كما سيأتى أن الولاء يثبت لهم فى حياته (والصفة) وليس المراد بها هنا النحوية بل مايفيد قيدا فى غيره (المتقدمة على جمل) أو مفردات ومثلوا بها لبيان أن المراد بالجمل مايعمها (معطوفة) لم يتخلل بينها كلام طويل (تعتبر فى الكل كوقفت على محتاجى أولادى وأحفادى) وهم أولاد الأولاد (وإخوتى وكذا المتأخرة عليها) أى عنها (و) كذا (الاستثناء إذا عطف) فى الكل (بواو كقوله : على أولادى وأحفادى وإخوتى المحتاجين أو إلى أن يفسق بعضهم) لأن الأصل اشتراك المتعاطفين فى جميع المتعلقات من صفة أو حال أو شرط والاستثناء فى ذلك مثلها بجامع عدم الاستقلال ومثل الإمام للجمل بوقفت على أولادى دارى وحبست على أقاربى ضيعتى وسبلت على خدمى بيتى المحتاجين أو إلا أن يفسق أحد · أى وإن احتاجوا ، واستبعاد الأسنوى رجوع الصفة للكل لأن كل جملة مستقلة بالصيغة فالصفة مع الأولى خاصة مردود بأنها حينئذ كالصفة المتوسطة فإنها ترجع للكل على المنقول المعتمد لأنها متقدمة بالنسبة لما تأخر عنها متأخرة بالنسبة لما تقدمها ، وادعاء ابن العماد أن مامثل به الإمام خارج عن صورة المسئلة لأنه وقوف متعددة . والكلام فى وقف واحد ممنوع إذ ملحظ الرجوع للكل موجود فيه أيضا . نعم رده بقول الأسنوى إن ماقالاه هنا فى الاستثناء مخالف لما ذكراه فى الطلاق ظاهر لإمكان الفرق بين ماذكر فى المتوسطة وما اقتضاه كلامهما فى عبدى حرّ إن شاء الله وامرأتى طالق أنه إذا لم ينو عوده

(قوله من أسفل) أى بأن أعتقهم (قوله لا مواليهم) أى فلا يشمل عتيق العتيق (قوله مالو وقف الخ) معتمد وقوله ويرد : أى الرد (قوله معطوفة) أى بعاطف مشترك أخذا من قول الشارح الآتى بخلاف بل ولكن (قوله وهم أولاد الأولاد) أى ذكورا أو إناثا (قوله المحتاجين) قال فى شرح الروض : والحاجة هنا معتبرة بجواز أخذ الزكاة كما أفتى به القفال ، قال الزركشى : وتنقدح مراجعة الواقف إن أمكنت اهـ. والذى يتجه أن المراد جواز أخذ الزكاة لولا مانع كونه هاشميا أو مطلبيا حتى يصرف الهاشمى والمطلبى أيضا مر اهـ سم على حج . وقضيته أن الغنى بكسب لايأخذ ، وقياس مامر فى الوقف على الفقراء الأخذ . فلعل المراد هنا بالمحتاج من يأخذ الزكاة لعدم المال وإن قدر على الكسب (قوله أو إلا أن يفسق) فلو تاب الفاسق هل يستحق من حين التوبة أولا ؟ فيه نظر ، والذى يظهر الاستحقاق أخذا مما سيأتى فيما لو وقف على بنته الأرملة ثم تزوّجت ثم تعزبت من أن له غرضا فى أن لاتحتاج ابنته وتحتمل عدمه قياسا على مااعتمده الشارح فيما لو قال وقفت على ولدى مادام فقيرا فاستغنى ثم افتقر من عدم الاستحقاق ، والأقرب الأوّل ، والفرق أن الديمومة تنقطع بالاستغناء ، وليس فى عبارة الواقف مايشمل استحقاقه بعد عود الفقر (قوله فالصفة مع الأولى خاصة) أى فيما لو قدمها ، وعبارة حج : وأما تقدم الصفة على الجمل فاستبعد الأسنوى رجوعها للكل لأن كل جملة مستقلة بالصيغة والصفة مع الأولى خاصة الخ اهـ (قوله إذ ملحظ الخ) وهو اشتراك المتعاطفين فى جميع الخ (قوله نعم رده) أى ابن العماد (قوله لإمكان) علة للظهور

(قوله أى وإن احتاجوا) اعلم أن مثال الإمام ليس فيه إلا الاستثناء وألحق به الشهاب حج الصفة فقال عقبه : أى أو إن احتاجوا اهـ. والشارح ذكر لفظ المحتاجين فى ضمن مثال الإمام فأوهم أنه من كلامه ، ثم ذكر ماذكره الشهاب المذكور فلزم عليه التكرار أيضا بل صار الكلام مع بعضه غير منتظم وفى بعض النسخ إسقاط الألف من أو ولا معنى لها هنا أيضا وإن كان له معنى فى الخارج (قوله واستبعاد الأسنوى رجوع الصفة للكل) يعنى فيما إذا تقدمت على الجمل وعبارة

للأخير لايعود إليه بأن العصمة هنا محققة فلا يزيلها إلا مزيل قوى ومع الاحتمال لا قوة ، وهنا الأصل عدم الاستحقاق فيكفى فيه أدنى دال على أنه سيأتى أن كلامهما ثم محمول على ما إذا قصد بها تخصيص واحد بعينه دون غيره ، وتمثيله أولا بالواو وباشتراطها فيما بعده ليس للتقييد بها ، فالمذهب كما قاله جمع متأخرون أن الفاء وثم كالواو بجامع أن كلا جامع وضعا فيرجع للجميع بخلاف بل ولكن، وخرج بعدم تخلل كلام طويل مالو تخلل كوقفت على أولادى على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين وإلا فنصيبه لمن فى درجته ، فإذا انقرضوا صرف إلى إخوتى المحتاجين أو إلا أن يفسق أحد منهم فيختص بالأخير ، وكلامهما فى الطلاق دال على عدم الفرق بين الجمل المتعاطفة وغيرها وإن بحث بعض الشراح الفرق بينهما ، وعلم مما قررناه أن كلا من الصفة والاستثناء راجع للجميع تقدم أو تأخر أو توسط ، والذى يظهر أن المراد بالفسق هنا ارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة أو صغائر ولم تغلب طاعاته معاصيه وبالعدالة انتفاء ذلك وإن ردت شهادته لخرم مروءة أو تغفل أو نحوهما ، ولو وقف على إخوته لم تدخل أخواته أو زوجته أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقها بتزوجها ولا يعود بعد ذلك وإن تعزبت ، بخلاف نظيره فى ابنته الأرملة لأنه أناط استحقاقها بصفة وبالتعزب وجدت وتلك بعدم التزوج وبالتعزب لم ينتف ذلك ولأن له غرضا فى أن لاتحتاج ابنته وأن لايخلفه أحد على حليلته . وأخذ الأسنوى من كلام الرافعى فى الطلاق أنه لو وقف على ولده مادام فقيرا فاستغنى ثم افتقر لايستحق لانقطاع الديمومة وهو كذلك ، وما نظر به من الفرق بينهما بأن المدار ثم على الوضع اللغوى الناظر لانقطاع

(قوله بأن العصمة هنا الخ) قد يقال هذا إنما أثبت نقيض المطلوب لأن قوله إنه إذا لم ينو عوده للأخير لايعود إليه يقتضى وقوع الطلاق لعدم عود المشيئة إليه ، وقوله بأن العصمة هنا محققة الخ يقتضى عدم وقوع الطلاق ، ولو قال بأن صيغة الطلاق صريحة فى وقوعه فلا يمنعها إلا مزيل قوى لكان أولى فى مراده (قوله فيختص بالأخير) معتمد ، وقوله وكلامهما الخ معتمد أيضا (قوله وعلم مما قررناه) أى من قوله فى الكل وما بعده (قوله لم تدخل أخواته) ومثله عكسه ، لكن فى كلام المناوى نقلا عن الماوردى أن الوقف على الإخوة يشمل الأخوات بخلاف الوصية (قوله وأن لايخلفه أحد على حليلته) عبارة حج : وبهذا يندفع إفتاء الشرف المناوى ومن تبعه بعود استحقاقها نظرا إلى أن غرضه بهذا الشرط احتياجها وقد وجد بتعزبها ويوافق الأول قول الأسنوى أخذا من كلام الرافعى الخ ، ثم قال بعد قول الشارح الآتى لانقطاع الديمومة : لكن فيه نظر ، ويفرق بأن المدار ثم على الوضع الخ وبه تعلم ما فى كلام الشارح (قوله وهو كذلك) أى خلافا لحج . أقول : والأقرب ماقاله حج لما علل به فى بنته الأرملة . ثم ما علل به عدم الاستحقاق فى الولد إذ قال مادام فقيرا يؤخذ أنه إذا قال على بنتى مادامت أرملة أنها

التحفة وأما تقدم الصفة على الجمل فاستبعد الأسنوى رجوعها للكل (قوله بأن العصمة هنا محققة) هذا يوجب رجوع الاستثناء للكل لاعدمه كما لايخفى ، ثم إن صريح كلام الشارح أن مسئلة الطلاق المذكورة هى التى استشكل بها الأسنوى ماهنا ، وليس كذلك إذ الذى فيها صفة لا استثناء ، وعبارة التحفة عقب قوله ظاهر نصها : وقد يفرق بين ماذكر فى المتوسطة الخ ، وهذا كلام مقتضب لاتعلق له بما قبله كما لايخفى فتوهم الشارح أنه متعلق به فعبر عنه بما ترى (قوله أو أم ولده) أى كأن وقف عليها تبعا لمن يصح الوقف عليه أو وقف عليها بعد موته ، وإلا فقد مر أنه لايصح الوقف على أم الولد : أى استقلالا ، وبهذا يزول التعارض الذى توهمه الشهاب سم (قوله لانقطاع الديمومة) اعلم أن النسخ من الشرح فيها فى هذا المحل سقط ، والذى يوضحه أن الشهاب حج لما نقل أخذ

الديمومة وهنا لا تأثير له بل لابد من النظر فى مقاصد الواقفين كما مر . ومقصود الواقف هنا ربط الاستحقاق بالفقر وإن تخلله شىء بنفيه غير . مسلم لأن المحكوم عليه مدلول الألفاظ لا على المقاصد لعدم اطلاعنا عليها مالم تقم قرينة تدل على ذلك فالعمل عليها ، ولو وقف أو أوصى للضيف .

إذا تزوّجت ثم تعزبت لايعود استحقاقها (قوله مالم تقم قرينة) أى قوية .

[فائدة] قال المناوى فى كتابه المسمى بتيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف فى آخر الكتاب السادس فى ترجمة ماجمع من فتاوى شيخ الإسلام الشيخ زكريا مانصه : وأنه سئل عن قول العز ابن عبد السلام والنووى حيث قال الأول فى كتابه فوائد القرآن : الوقف على الصلوات الخمس فى مسجد إذا أخل الإمام بصلاة منها مايحصل له(٧) وينقص بمقدار ما أخل ، كما لو استؤجر على خمسة أثواب فخاط بعضها فإن الإجارة توزع على المخيط وغيره أم لا ؟ والجواب لا . والقاعدة أنا نتبع فى الأعواض والعقود المعانى . وفى الشروط والوصايا الألفاظ ، والوقف من باب الأرزاق والإرصاد لا من باب المعاوضات . والصلوات الخمس وقراءة القرآن فى الترب شروط لا أعواض ، فمن أتى بجميع أجزاء الشرط إلا جزءا فلا شىء له ألبتة لأنه يتحقق مفهوم الشرط منه وكذا وقف المدارس إذا قال الواقف أو شهد العرف أن من يشتغل شهرا فله دينار فاشتغل أقل منه ولو بيوم فلا شىء له ولم توزع الجامكية على قدر مايشتغل به انتهى . وقال الثانى فى التبيان : ينبغى أن يحافظ على قراءة البسملة فى أول كل سورة ، إلا براءة فإن أكثر العلماء قال إنها آية ، فإذا قرأها كان متيقنا قراءة الختمة أو السورة ، وإذا أخلّ بها كان تاركا لبعض القرآن عند الأكثر ، فإن كانت القراءة فى وظيفة عليها جعل كالأسباع وكالأجزاء التى عليها أوقاف وأرزاق كان الاعتناء بها أشدّ ليستحق ما يأخذه يقينا ، فإنه إذا أخلّ به لم يستحق شيئا من الوقف عند من يقول إنها من أوائل السور . وهذه دقيقة يتأكد الاعتناء بها وإشاعتها انتهى. فهل كلامهما صريح فى أن أرباب الوظائف إذا أخلّ أحدهم بيوم من الشهر أو السنة يسقط معلوم جميع الشهر أو السنة ؟ فأجاب : كلام ابن عبد السلام صريح فى عدم التوزيع فيما ذكر وأنه لايستحق شيئا وهو اختيار له يليق بالمتورعين وكلام النووى خاص بما إذا شرط عليه قراءة قدر معين ، فإذا أخل منه بشىء لم يستحق شيئا لما أخل به ، وعليه يحمل قوله لم يستحق شيئا من الوقف وما قاله ابن عبد السلام قال السبكى : إنه فى غاية الضيق ويؤدى إلى محذور ، فإن أحدا لايمكنه أن لايخل بيوم ولا بصلاة إلا نادرا ، ولا يقصد الواقفون ذلك . وفى فتاوى ابن الصلاح مايخالفه حيث قال : وأما من أخلّ بشرط الواقف فى بعض الأيام فينظر فى كيفية اشتراط الشرط الذى أخل به ، فإن كان مقتضاه تقييد الاستحقاق فى تلك الأيام بالقيام به فيها سقط استحقاقه فيها ، وإلا فإن كان ذلك مشروطا على وجه يكون تركه فيها إخلالا بالمشروط ، فإن لم يشترط الحضور كل يوم فلا يسقط استحقاقه فيها وحيث سقط لايتوهم سقوطه فى آخر الأيام . قال : وأما البطالة فى رجب وشعبان ورمضان فما وقع منها فى رمضان ونصف شعبان لايمنع من الاستحقاق حيث لم ينص الواقف على اشتراط الحضور فيها ، وما وقع قبلها يمنع ، إذ ليس فيها

الأسنوى المذكور قال عقبه مانصه : لكن فيه نظر ، ويفرق بأن المدار ثم على الوضع اللغوى القاضى بانقطاع الديمومة ، وهنا لا تأثير له إلى آخر ما فى الشارح ، فالظاهر أن الشارح ذكر عقب كلام الأسنوى نحو قوله والتنظير فيه بأن يفرق إلى آخر تنظير الشهاب حج ، فيكون قوله غير مسلم خبر المبتدأ الذى حذف من النسخ مع تنظير الشهاب حج فلتراجع نسخة صحيحة .

صرف للوارد على مايقتضيه العرف ولا يزاد على ثلاثة أيام مطلقا، والأوجه عدم اشتراط الفقر فيه أو وقف جميع أملاكه على كذا ، فالأوجه شموله لجميع ما فى ملكه مما يصح وقفه ، وإن أفتى الغزالى باختصاصه بالعقار لأنه المتبادر للذهن .

(فصل) فى أحكام الوقف المعنوية

(الأظهر أن الملك فى رقبة الموقوف) على معين أو جهة (ينتقل إلى الله تعالى أى) تفسير لمعنى الانتقال إليه تعالى ، وإلا فكل الموجودات بأثرها ملك له فى جميع الحالات بطريق الحقيقة ، وغيره إن سمى مالكا فإنما هو بطريق التوسع (ينفك عن اختصاص الآدميين) كالعتق وإنما ثبت بشاهد ويمين دون بقية حقوقه تعالى لأن المقصود ريعه وهو حق آدمى (فلا يكون للواقف) وفى قول يملكه لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده (ولا للموقوف

عرف مستمر . ولا يخفى الاحتياط ، وذكر الزركشى نحوه فقال : لو وردت الجعالة على شيئين ينفك أحدهم عن الآخر كقوله من رد عبدى فله كذا فرد أحدهما استحق نصف الجعل . قال : وعليه يخرج غيبة الطالب عن الدرس بعض الأيام إذ قال الواقف من حضر شهر كذا فله كذا ، فإن الأيام كالعبيد فإنها أشياء متفاصلة فيستحق بقسط ماحضر فتفطن لذلك فإنه مما يغلط فيه انتهى .

[فائدة] لايستحق ذو وظيفة كقراءة أخل بها فى بعض الأيام . وقال النووى : إن أخل واستناب لعذر كمرض أو حبس بقى استحقاقه وإلا لم يستحق لمدة الاستنابة فأفهم بقاء أثر استحقاقه لغير مدة الإخلال ، وهو ما اعتمده السبكى كابن الصلاح فى كل وظيفة تقبل الإنابة كالتدريس ، بخلاف التعلم . قيل ظاهر كلام الأكثر جواز استنابة الأدون ، لكن صرح بعضهم بأنه لابد من المثل ، والكلام فى غير أيام البطالة والعبرة فيها بنص الواقف وإلا فبعرف زمنه المطرد الذى عرفه ، وإلا فبعادة محل الموقوف عليهم اهـ حج . وأفتى بعضهم بأن المعلم فى سنة لايعطى من غلة غيرها وإن لم يحصل له من الأولى شىء ، وفيه نظر ، ولعله محمول على ما إذا علم ذلك من شرط الواقف أو قرائن حاله الظاهرة فيه انتهى له أيضا (قوله صرف للوارد) أى سواء جاء قاصدا لمن نزل عليه أو اتفق نزوله عنده لمجرد مروره على المحل واحتياجه لمحل يأمن فيه على نفسه (قوله مطلقا الخ) ظاهره سواء عرض له مايمنعه من السفر كمرض أو خوف أولا (قوله والأوجه عدم اشتراط الفقر فيه) أى ويجب على الناظر رعاية المصلحة لغرض الواقف ، فلو كان البعض فقراء والبعض أغنياء ولم تف الغلة الحاصلة بهما قدم الفقير .

(فصل) فى أحكام الوقف المعنوية

(قوله لمعنى الانتقال) أى للمعنى المقصود بالانتقال (قوله بطريق التوسع) أى والملك الحقيقى فيه لله تعالى ، لكنه سبحانه وتعالى لما أذن فى التصرف فيه لمن هو فى يده بالطريق الشرعى رتب عليه أحكاما خاصة كالقطع بسرقته ووجوب رده على من غصب منه إلى غير ذلك من الأحكام (قوله وإنما ثبت) أى الوقف بشاهد الخ ، وظاهر إطلاقهم ثبوته بالشاهد واليمين واختلافهم فى الثابت بالاستفاضة هل تثبت بها شروطه أولا ثبوت شروطه أيضا فى الأول ، وقد يفرق بأنه أقوى من الاستفاضة وإن كان فى كل خلاف اهـ حج . وقول حج : وظاهر إطلاقهم مبتدأ خبره

عليه) وقيل يملكه كالصدقة . ومحل الخلاف فيما يقصد به تملك ريعه . بخلاف ماهو تحرير نص كالمسجد والمقبرة وكذا الربط والمدارس ، ولو شغل المسجد بأمتعته وجبت الأجرة له ؛ وإفتاء ابن رزين بأنها لمصالح المسلمين مردود كما مر (ومنافعه ملك للموقوف عليه) لأن ذلك مقصوده (يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة) إن كان ناظرا وإلا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه ، وذلك كسائر الأملاك ؛ ومحله إن لم يشرط مايخالف ذلك ، ومنه وقف داره على أن يسكنها معلم الصبيان أو الموقوف عليهم فيمتنع غير سكناه ، وما نقل عن المصنف من أنه لما ولى دار الحديث وبها قاعة للشيخ أسكنها غيره اختيار له ،أو لعله لم يثبت عنده أن الواقف نص على سكنى الشيخ ، ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أو جرت للضرورة بما تعمر به ، إذ الفرض أنه ليس للوقف مايعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه مانقصه الانتفاع من عين الموقوف كرصاص الحمام فيشترى من أجرته بدل ما فات . قال الدميرى : وعليه عمل الناس . قال الزركشى وفى كونه يملكها فى هذه الحالة نظر . ولو وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها إلا إن نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات كما رجحه السبكى ، ومثل الغرس البناء ، ولا يبنى ما كان مغروسا

ثبوت شروطه ، وكتب أيضا لطف الله به : وإنما ثبت الخ ، هو ظاهر إن كان الموقوف عليه معينا أما إن كان جهة عامة أو نحو مسجد ففى الثبوت بما ذكر نظر لأن الجهة لايتأتى الحلف منها والناظر فى حلفه إثبات الحق لغيره بيمينه (قوله وكذا الربط والمدارس) أى فإن الملك فيها لله تعالى (قوله وجبت الأجرة له) أى للمسجد تصرف على مصالحه (قوله بنفسه وبغيره) محله حيث كان الوقف للاستغلال كما يأتى فى الفصل الآتى . أما لو وقفه لينتفع به الموقوف عليه استوفاها لنفسه بنفسه أو نائبه ، وليس له إعارة ولا إجارة على ما يأتى كالعارية اهـ سم على حج (قوله فيمتنع غير سكناه) أى فلو تعذر سكنى من شرطت له كأن دعت ضرورة إلى خروجه من بلد الوقف أو كان الموقوف عليه امرأة ولم يرض زوجها بسكناها فى المحل المشروط لها فينبغى أن يكون كمنقطع الوسط فيصرف لأقرب رحم الواقف مادام العذر موجودا ، ولا تجوز له إجارته لبعد الإجارة عن غرض الواقف من السكنى .

[فرع] وقع السؤال عن رجل وقف بيتا على نفسه أيام حياته ثم من بعده على إخوته ثم إنه شرط فى وقفه شروطا : منها أن لزوجته السكن والإسكان مدة حياتها عازبة كانت أو متزوجة فهل تستحق الزوجة المذكورة السكن والإسكان لجميع البيت دون الإخوة الموقوف عليهم أم لا ؟ وأجاب عنه شيخنا بما صورته : الحمد لله حيث حكم به حاكم يراه صار مذهبنا تابعا لمذهبه فتستحق الزوجة المذكورة السكنى والإسكان . فإن اتفق استيعابها البيت المذكور فلا حق لإخوة معها فى البيت فلا يزاحمونها فى شىء منه مادامت ساكنة أو مسكنة لا بأنفسهم ولا بإيجارهم لغيرهم ، وإن فضل شىء من البيت يزيد على ماهى منتفعة به كان لهم التصرف فيه وإذا أعرضت عن المحل أو منعها من الانتفاع مانع كان الحق لهم مادامت تاركة له (قوله ولو خربت) أى الدار الموقوفة على معلم الصبيان ، وقوله ولم يعمرها أى تبرعا (قوله وفى كونه) أى الموقوف عليه يملكها : أى الأجزاء الفائتة إذا بقى لها صورة ، وقوله نظرا لأقرب الملك (قوله امتنع عليه غرسها) أى وينتفع بها فيما تصلح له غير مغروسة (قوله ومثل الغرس البناء) أى فلو وقف أرضا خالية من البناء لايجوز بناؤها مالم يشرط له جميع الانتفاعات وعليه فلو وقف شخص دارا كانت مشتملة على أماكن وخرب بعضها قبل الوقفية فينبغى جواز بناء ما كان

(قوله وجبت الأجرة له) أى للمسجد (قوله كما مر) أى فى باب الغصب

وعكسه ، وضابطه أنه يمتنع كل ماغير الوقف بالكلية عن اسمه الذى كان عليه حال الوقف ، بخلاف مايبقى الاسم معه . نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله كما سيأتى . وأفتى الولىّ العراقى فى علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواشن له فى هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضرّ بجدار الوقف ، وإلا جاز بشرط أن لايصرف عليه من ريع الوقف إلا مايصرف فى إعادته على ما كان عليه وما زاد فى ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لاتغير معالم الوقف (ويملك الأجرة) لأنها بدل المنافع المملوكة له . وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة المعجلة ولو لمدة لايحتمل بقاؤه إلى انقضائها . وهو كذلك كما مر فى الإجارة (و) يملك (فوائده) أى الموقوف (كثمرة) ومن ثم لزمه زكاتها كما مر بقيده فى بابها . ومثلها غصن وورق توت اعتيد قطعهما أو شرط ولم يؤدّ قطعه لموت أصله . والثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضى فى فتاويه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهى ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو وقد زرعت الأرض فالزرع لذى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقائه فى الأرض . وأفتى جمع متأخرون فى نخل وقف مع أرضه ثم حدث منها ودىّ بأن بأن تلك الودية خارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكى فإنه أفتى فى أرض وقف وبها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ وفى السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل مانبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه ، وإنما احتيج له فى بدل عبد قتل لفوات الموقوف بالكلية (وصوف) وشعر ووبر وريش وبيض (ولبن وكذا الولد) الحادث بعد الوقف من مأكول وغيره كولد أمة من نكاح أو زنا (فى الأصح) كالثمرة . أما إذا كان حملا حال الوقف

منهدما فيها حيث لم يضر بالعامر لأن الظاهر رضا الواقف بمثل هذا (قوله مطلقا) أى ضرب أم لا ، وقوله لأنها أى هذه الخصلة (قوله ولم يؤدّ قطعه الخ) ظاهره رجوعه إلى أو شرط أيضا اه سم على حج ، وهو ظاهر لأن العمل بالشرط إنما يجب حيث لم يمنع منه مانع (قوله إن كانت مؤبرة) لو صرح بإدخال المؤبرة فى الوقف هل يصح تبعا للشجرة ، وعليه هل يشترط فيه أن يتحد عقد الوقف ويتأخر وقف الثمرة ؟ فيه نظر ، وقال مر : يصح ويشترط ماذكر فليراجع اه سم على حج (قوله موقوفة كالحمل) لم يبين حكمها حينئذ وأنه لاينبغى أن يكون للموقوف عليه لأنه لايستحق أخذ عين الوقف فماذا يفعل بها ؟ ويحتمل أنها تباع ويشترى بثمنها شجرة أو شقصا ويوقف كالأصل ، وكذا يقال فى نظير ذلك فى البيض إذا شمله الوقف يشترى به دجاجة أو شقصها وفى اللبن كذلك يشترى به شاة أو شقصها . وأما الصوف فيمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يبعد امتناع بيعه وينتفع بعينه ثم يحتمل جواز غزله ونسجه والانتفاع به منسوجا فليتأمل اه سم على حج .

[فائدة] الموقوف على المدارس أو على نحو الأولاد وشرط الواقف تقسيطه على المدة فهنا تقسط الغلة كالثمرة على المدة فيعطى منه ورثة من مات قسط ما باشره أو عاشه وإن لم توجد الغلة إلا بعد موته اه حج (قوله فالحمل له) أى حيث كان البطن الذى انتقل إليه غير الوارث . أما هو فتسقط الأجرة عنه (قوله فإن كان البذر له) أى وإن كان لغيره فالزرع له وعليه الأجرة ، فإن كان الناظر قبضها ودفعها للموقوف عليه لاستحقاقه إياها رجع على تركته

(قوله أرجحهما أنها موقوفة) قال الشهاب سم : ولا يرد على ذلك عدم صحة وقف الطعام ونحوه ، لأن ذاك فيما كان استقلالا لابطريق التبعية ، ثم نقل عن الشارح احتمال أنها تباع ويشترى بثمنها شجرة أو شقصها ويوقف كالأصل

فهو وقف كامر وولد الأمة من شبهة حرّ فعلى أبيه قيمته ويملكها الموقوف عليه (والثانى يكون وقفا) تبعا لأمه كولد الأضحية ومحله فى غير ماحبس فى سبيل الله أما هو فولده وقف كأصله هذا إن أطلق أو شرط ذلك للموقوف عليه فالموقوفة على ركوب إنسان فوائدها للواقف كما رجحاه وإن نوزعا فيه (ولو ماتت البهيمة) الموقوفة (اختص بجلدها) لكونه أولى به من غيره ومحله مالم يدبغ ولو بنفسه كما بحثه الشيخ وإلا عاد وقفا ، ولو أشرفت مأكولة على الموت فإن قطع بموتها جاز ذبحها للضرورة ، وهل يفعل الحاكم بلحمها مايراه مصلحة أو يباع ويشترى بثمنه دابة من جنسها وتوقف ؟ وجهان رجح ابن المقرى أولهما ، وخير صاحب الأنوار بينهما . قال الشيخ : والأول أولى بالترجيح إذ ليس تخيير الحاكم تخيير تشه وإنما هو بحسب مايراه مصلحة ، وإن لم يقطع بموتها لم يجز ذبحها وإن خرجت عن الانتفاع كما لايجوز إعتاق العبد الموقوف . وقضية كلام الروضة أنه لايجوز بيعها حية وهو كذلك كما صححه المحاملى والجرجانى ، وذهب الماوردى إلى الجواز ، ويجمع بينهما بحمل كل منهما على ما إذا اقتضته المصلحة ، فلو تعذر جميع ذلك صرف للموقوف عليه فيما يظهر (وله مهر الجارية) الموقوفة عليه بكرا أو ثيبا (إذا وطئت) من غير الموقوف عليه (بشبهة) منها كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لايعتد بفعلها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت (أو نكاح) لأنه من جملة الفوائد ، هذا (إن صححناه) أى نكاحها (وهو الأصح) لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة ، وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضا ، والمزوّج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها ، ويحدّ الأول به كما حكى عن الأصحاب ، وكذا الثانى كما رجحاه هنا

بقسط ما بقى من المدة (قوله فهو وقف كما مر) وعليه فلو استثناه حال الوقف احتمل بطلان الوقف قياسا على مالو قال بعتها إلا حملها (قوله وولد الأمة) أى الموقوفة وهو محترز قوله من نكاح أو زنا (قوله فولده وقف) أى من غير إنشاء وقف (قوله فالموقوفة على ركوب إنسان الخ) لو احتاج إلى ركوبها فى سفر هل يجوز له أخذها والسفر بها وإن فوت على الواقف فوائدها كالدر أم لا ؟ فيه نظر ، وظاهر إطلاقهم استحقاق الركوب الأول حيث لم يقيدوه ببلد الواقف (قوله فوائدها للواقف) أى ومؤنها عليه أيضا لأنه لم يجعل منها للمستحق إلا الركوب فكأنها باقية على ملكه (قوله جاز ذبحها الخ)

[فرع] لو رأى المصلحة فى بيعها حية فباعها ثم تبين أن المصلحة فى خلافه فالمتجه عدم ضمان النقص بالذبح بل يباع اللحم ويشترى بثمنه مثلها أو شقص منه مر اه سم على حج (قوله قال الشيخ الخ) معتمد ، وقوله ويجمع بينهما الخ معتمد أيضا (قوله صرف) أى الموقوف (قوله من غير الموقوف عليه) كأنه احترز به عن الموقوف عليه فلا يجب بوطئه مهر إذ لو وجب وجب له والإنسان لا يجب له على نفسه شىء فليراجع اه سم على حج (قوله لو وقفت عليه زوجته) ومثله عكسه (قوله انفسخ نكاحه) قال فى شرح الروض إن قبل على القول باشتراط القبول وإلا فلا حاجة إليه ، وعليه لو ردّ بعد ذلك اتجه الحكم ببطلان الفسخ ويحتمل خلافه ذكره الأسنوى اه سم على حج (قوله فهو كأرش طرفها) أى فيفعل فيه مايفعل فى بدل العبد إذا تلف

(قوله قال الشيخ والأول أولى بالترجيح) الذى فى كلام الشيخ أن الأولى بالترجيح إنما هو الثانى كما فى شرحه للروض وجزم به فى شرح البهجة (قوله ومن ثم لو وقفت عليه زوجته الخ) هذا إنما رتبه الشهاب حج على كونها لاتزوّج منه ولا من الواقف وهو الذى يظهر ترتيبه عليه وعبارته عقب قوله الموقوف عليه نصها لا منه ولا من الواقف ومن ثم الخ

وهو المعتمد ، وسيأتى فى الوصية الفرق بينه وبين الموصى له ، ومن خرّج وجوب الحدّ على أقوال الملك فقد شذ . أما المطاوعة إذا زنى بها وهى مميزة فلا مهر لها (والمذهب أنه) أى الموقوف عليه (لايملك قيمة العبد) مثلا الموقوف (إذا أتلف) من واقف أو أجنبى وكذا موقوف عليه تعدى كأن استعمله فى غير ماوقف له أو تلف تحت يد ضامنة له ، أما إذا لم يتعد بإتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا كما لو وقع منه كوز سبيل على حوض فانكسر من غير تقصير (بل يشترى بها عبد ليكون وقفا مكانه) مراعاة لغرض الواقف وبقية البطون والمشترى لذلك هو الحاكم وإن كان للوقف ناظر خاص خلافا للزركشى بناء على أن الموقوف ملك لله تعالى ؛ أما ما اشتراه الناظر من ماله أو من ريع الوقف أو يعمره منهما أو من أحدهما لجهة الوقف فالمنشىء لوقفه هو الناظر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، والفرق بينه وبين بدل الموقوف واضح ، وما ذكره فى شرح المنهج إنما هو فى بدل الموقوف وهو المعتمد فيه لا ماذكره صاحب الأنوار ، وأما مايبنيه من ماله أو من ريع الوقف فى الجدران الموقوفة فإنه

(قوله وسيأتى فى الوصية) أى وهو أن ملك الموصى له أتم من ملك الموقوف عليه بدليل أن له الإجارة والإعارة من غير إذن مالك الرقبة وتورث عنه المنافع ، بخلاف الموقوف عليه لابد من إذن الناظر ولا تورث عنه المنافع رملى انتهى شيخنا الزيادى (قوله بينه وبين الموصى له) أى بالمنافع لأنه الذى يحتاج للفرق بينه وبين الموقوفة فإن الموصى بعينها يملكها ملكا تاما بحيث يتصرف فيها بالبيع وغيره (قوله فقد شذ) لعل وجهه أنه وإن قيل بملكها له ليس ملكا حقيقيا يبيح الوطء ولذا لايجوز له التصرف فيها بما يخالف مقتضى الوقف (قوله والمشترى لذلك هو الحاكم) معتمد ، وقوله ملك لله تعالى : أى وهو الراجح (قوله أو من ريع الوقف) ومنه الحصر إذا اشتراها الناظر من ريع الوقف ومن ماله (قوله أو يعمره منهما الخ) أى مستقلا كبناء بيت للمسجد لما يأتى من أن مايبنيه فى الجدران مما ذكر يصير وقفا بنفس البناء (قوله فالمنشىء لوقفه) أى ولا يصير وقفا بنفس الشراء أو العمارة ، فإن عمر من ماله ولم ينشىء ذلك فهو باق على ملكه ويصدق فى عدم الإنشاء ، أو اشتراه من ريعه فهو ملك للمسجد مثلا يبيعه إذا اقتضته المصلحة . وبقى مالو دخل فى جهته شىء من مال الوقف وأراد العمارة به هل له ذلك ويسقط عن ذمته أو لابدّ من إذن الحاكم حتى لو فعل ذلك من غير إذنه كان متبرعا به ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، ومحله مالم يخف من الرفع إليه غرامة شىء ، فإن خاف ذلك جاز له الصرف بشرط الإشهاد ، فإن لم يشهد لم يبرأ لأن فقد الشهود نادر (قوله والفرق بينه وبين بدل الرقيق) أى حيث لم يصر موقوفا بلا إنشاء وقف

ولعل الكتبة أسقطته من نسخ الشارح (قوله وهى مميزة) لعله وهى بالغة ليوافق قوله المار أومطاوعة لايعتد بفعلها لصغر (قوله وكذا موقوف عليه تعدى) قضية هذا الصنيع أن الواقف والأجنبى ضامنان مطلقا ، وظاهر أنه لاضمان عليهما إذا أتلفاه بغير تعدّ كأن استعملاه فيما وقف له بإجارة مثلا ، فلو أسقط لفظ كذا لرجع القيد للجميع فليتأمل (قوله أما ما اشتراه الناظر إلى قوله فالمنشىء لوقفه هو الناظر) محله إنما هو بعد قوله الآتى ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه ، وكذا قوله وأما ما ينشئه من ماله الخ لأن الكلام هنا فى شراء البدل لا فى وقفه (قوله أو يعمره منهما أو من أحدهما) أى فى غير جدران الوقف لما سيأتى فيها ، والظاهر أن الصورة هنا أن الوقف على نحو مسجد فليتأمل (قوله والفرق بينهما وبين بدل الموقوف واضح إلى قوله ولابد من إنشاء وقفه الخ) من فتاوى والده أيضا (قوله فى الجدران الموقوفة) خرج به ماينشئه من البناء فى الأرض الموقوفة فلا يصير وقفا بنفس البناء كما شمله كلامه المتقدم وإن اقتضى التوجيه الآتى صيرورته كذلك ، إذ قد يجاب عن هذا الاقتضاء

يصير وقفا بالبناء لجهة الوقف ، والفرق بينه وبين بدل الرقيق الموقوف أن الرقيق قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية ، والطوب والحجر المبنى بهما كالوصف التابع لها ، ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألفاظ الوقف المارة ، وقول القاضي أقمته مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهنا فى ذمة الجانى كما مر بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الأضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو فى الذمة ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشترى نائب عنهم فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف مايشترى بها حتى ينتقل إلى الله تعالى . وأفهم قوله عبد عدم جواز شراء أمة بقيمة عبد وعكسه ، بل لايجوز شراء صغير بقيمة كبير وعكسه بأن الغرض يختلف بذلك . وما فضل من القيمة يشترى به شقص ، بخلاف نظيره الآتى فى الوصية لتعذر الرقبة المصرح بها فيها ، فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبته الجناية إليه ، ولو أوجبت قودا استوفاه الحاكم كما قالاه وإن نوزعا فيه (فإن تعذر) شراء عبد بها (فبعض عبد) يشترى بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الأضحية على الراجح الآتى فى بابها ، ووجه الخلاف فيها أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الأضحية ، ولو جنى الموقوف جناية أوجبت قصاصا اقتص منه وفات الوقف أو مالا أو قصاصا وعفى على المال فداه الواقف بأقل الأمرين ، وله إن تكررت الجناية منه حكم أم الولد فى عدم تكرر الفداء وسائر

(قوله والأرض الموقوفة باقية) قضية هذا التوجيه أن الحكم لايختص بالجدران بل كما يشملها يشمل مالو بنى بيتا فى أرض موقوفة من ريع الوقف أو من ماله وعليه فما ذكرناه من أنه لو بنى بيتا احتيج فى كونه موقوفا إلى إنشاء وقفه يصور بما إذا بناه من ريع الوقف فى أرض غير موقوفة كمملوكة أو مستأجرة ، هذا والظاهر أن ما اقتضاه التعليل غير مراد ، وأن الحكم المذكور مختص بالجدران أو ما فى معناها ، كإعادة بيت انهدم من بيوت الوقف فأعاده بآلة من ريع الوقف فليراجع (قوله ولا بد من إنشاء وقفه) أى العبد المشترى فهى متصلة بقوله والمشترى لذلك هو الحاكم وإن كان الخ (قوله بقيمة كبير) أى حيث أمكن ، وعبارة سم على حج : لو لم يمكن أن يشترى بقيمة العبد إلا أمة أو بالعكس أو بقيمة الكبير إلا صغيرا أو العكس فيحتمل الجواز . وبقى ما لو أمكن شراء شقص وشراء صغير هل يقدم الأول أو الثانى ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأنه ينتفع به حالا ولو قيل بالثانى لم يكن بعيدا لأنه أقرب إلى غرض الواقف من وقف رقبة كاملة (قوله استوفاه الحاكم) كما قالاه ، وينبغى جواز العفو عن القود بمال إن رآه مصلحة ويشترى به بدله وينشىء وقفه نظير ماتقدم فى بدل المجنى عليه (قوله اقتص منه) أى اقتص منه مستحق بدل الجناية وقوله فداه أى وجوبا (قوله بأقل الأمرين) وقول حج : ولو جنى الموقوف جناية أوجبت مالا فهى فى بيت المال مفروض فيما تعذر فداؤه من جهة الواقف لموته أو فقره على مايفيده قول الشارح فإن مات الواقف الخ (قوله فى عدم تكرر الفداء) أى ومشاركة المجنى عليه الثانى ومن بعده للأول فى القيمة إن

بأن هذا توجيه لما نصوا عليه من وقفية مابنى فى الجدران ، ولا يلزم أن كل ماوجد فيه معنى التوجيه يثبت له هذا الحكم ، ولا يلزم من تبعية الأرض لهذا الشىء اليسير استتباعها لأمر خطير إذ اليسير عهد فيه التبعية كثيرا فتأمل (قوله ولابد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه) أى الحاكم وهو تابع فى هذا التعبير للشهاب حج ، لكن ذاك إنما عبر به لأنه قدم خلافا هل المشترى الحاكم أو الناظر ، فعبر هنا بما ذكر ليتنزل على القولين واعلم أن هذا من متعلقات مسئلة المتن وكان الأولى تقديمه عقبه كما أشرت إليه (قوله وقول القاضى أقمته مقامه محل نظر) عبارة التحفة : وقال القاضى : أو يقول أقمته مقامه ونظر غيره فيه انتهت (قوله فليست ملك أحد) أى من جهة

أحكامها ، فإن مات الواقف ثم جنى فمن بيت المال كالحرّ المعسر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لا من كسب الرقيق ولا من تركة الواقف ولو مات الجانى بعد الجناية لم يسقط الفداء (ولو جفت الشجرة) الموقوفة أو قلعها نحو ريح أو زمنت الدابة (لم ينقطع الوقف على المذهب) وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام (بل ينتفع بها جذعا) بإجارة وغيرها (وقيل تباع) لتعذر الانتفاع على وفق شرط الواقف (والثمن) الذى بيعت به على هذا الوجه (كقيمة العبد) فيأتى فيه مامر ، فلو لم يكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعة والقمولى وجرى عليه ابن المقرى فى روضه ، لكنها لاتباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الأضحية ، لكن اقتصار المصنف على ماذكره كالحاوى الصغير يقتضى أنها لاتصير ملكا بحال . واعتمده الشيخ رحمه الله تعالى وقال : إنه الموافق للدليل وكلام الجمهور ، ولا يلزم عليه تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه مادام باقيا لايفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه كما مر ، ولو كان البناء والغراس موقوفا فى أرض مستأجرة وصار الريع لايفى بالأجرة أو يفى بها فقط أفتى ابن الاستاذ بأنه لايلتحق بما لاينتفع به إلا

لم تف بأروش الجنايات (قوله ولو مات الجانى) أى العبد الموقوف الجانى الخ (قوله لم يسقط الفداء) أى عن السيد ولا عن بيت المال (قوله الموقوفة) وقع السؤال فى الدرس عما يوجد من الأشجار فى المساجد ولم يعرف هل هو وقف أو لا ماذا يفعل فيه إذا جفّ ؟ والجواب أن الظاهر من غرسه فى المسجد أنه موقوف لما صرحوا به فى الصلح من أن محل جواز غرس الشجر فى المسجد إذا غرسه لعموم المسلمين ، وأنه لو غرسه لنفسه لم يجز وإن لم يضرّ بالمسجد ، وحيث حمل على أنه لعموم المسلمين فيحتمل جواز بيعه وصرف ثمنه على مصالح المسلمين إن لم يمكن الانتفاع به جافا ، ويحتمل وجوب صرف ثمنه لمصالح المسجد خاصة ، ولعل هذا الثانى أقرب لأن واقفه إن وقفه وقفا مطلقا وقلنا بصرف ثمنه لمصالح المسلمين فالمسجد منها ، وإن كان وقفه على خصوص المسجد امتنع صرفه لغيره فعلى التقديرين جواز صرفه لمصالح المسجد محقق ، بخلاف صرفه لمصالح غيره مشكوك فى جوازه فيترك لأجل المحقق (قوله أو زمنت) من باب تعب يقال زمن زمنا وزمانة وهو مرض يدوم زمانا طويلا (قوله وإن امتنع وقفها ابتداء) أى بأن لم يحصل منها منفعة للموقوف عليه ولا لغيره تقابل بأجرة بل كان الانتفاع بها بإحراقها (قوله صارت ملكا) لو أمكن ، والحالة هذه بيعها وأن يشترى بثمنها واحدة من جنسها أو شقصا اتجه وجوب ذلك لا يقال : الفرض تعذر الانتفاع فلا يصح بيعها لأنها منتفع بها باستهلاكها فيصح بيعها ، وكذا يقال فى مسئلة الدابة اهـ سم على حج (قوله لكنها لاتباع) أى مع صيرورتها ملكا للموقوف عليه . والحاصل من هذه المسئلة أنه حيث تعذر الانتفاع بها من الجهة التى وقفت عليها صارت ملكا للموقوف عليه بمعنى أنه ينتفع بها كانتفاع الملاك بغير البيع والهبة وإن لم يتعذر الانتفاع بها من الجهة التى قصدت بالوقف لاينتفع بها الموقوف عليه لنفسه ، بل ينتفع بها من الجهة المذكورة ، وإن لم يكن على الوجه الأكمل (قوله لايفى بالأجرة) وفى هذه الحالة هل يجبر الموقوف عليه على وضع مايفى بأجرته أو يخير بين ذلك وبين قلع البناء والغراس إزالة لضرر صاحب

الوقفية ، وقوله حتى تنتقل إلى الله تعالى : أى بجهة الوقفية وإلا فكل شىء ملك له تعالى على الإطلاق (قوله ولا يلزم عليه) يعنى الأوّل ، وأراد بذلك الجواب عن قول شيخ الإسلام إن عوده ملكا مع القول بأنه لايبطل

باستهلاكه : أى بإحراق ونحوه فيقلع وينتفع بعينه إن أمكن وإلا صرف للموقوف عليه وهو مؤيد لما مر .
نعم قوله وإن كان الغراس مما لاينتفع بعينه بعد القلع وانتهت مدة الإجارة واختار المؤجر قلعه فيظهر عدم صحة الوقف ابتداء ممنوع لما مر من صحة وقف الرياحين المغرسة وعلل بكونه يبقى مدة (والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت) أو أشرفت على الانكسار (ولم تصلح إلا للإحراق) لئلا تضيع فتحصيل يسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة، ويصرف لمصالح المسجد ثمنها إن لم يمكن شراء حصير أو جذع به ومقابله أنها تبقى أبدا . وانتصر له جمع نقلا ومعنى . ومحل الخلاف فى الموقوفة ولو بأن اشتراها الناظر ووقفها . بخلاف المملوكة للمسجد بنحو شراء فإنها تباع جزما ، وخرج بقوله ولم تصلح إلى آخره مالو أمكن اتخاذ نحو ألواح منه فلا تباع قطعا بل يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب لمقصود الواقف ، حتى لو أمكن استعماله بإدراج فى آلات العمارة امتنع بيعه فيما يظهر . وقد تقوم قطعة جذع مقام آجرة والنحاتة مقام التراب وتختلط به : أى فيقوم مقام التبن الذى يخلط الطين به كما أفاده الأذرعى وأجريا الخلاف فى دار منهدمة أو مشرفة على الانهدام ولم تصلح للسكنى . وفرق بعضهم بين الموقوفة على المسجد والتى على غيره ، وأفتى الوالد رحمه الله تعالى بأن الراجح مع بيعها سواء أوقفت على المسجد أم على غيره . قال السبكى وغيره : إن منع بيعها هو الحق ، ولأن جوازه يؤدى إلى موافقة القائلين بالاستبدال ، ويمكن حمل القائل بالجواز على البناء خاصة كما أشار إليه ابن المقرى فى روضه بقوله وجدار داره المنهدم وهذا الحمل أسهل من تضعيفه (ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته لم يبع بحال) لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة فى أرضه ، وبه فارق مالو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ ليعمر به مسجدا آخر إن رآه الحاكم ، والأقرب أولى لانحو بئر ورباط مالم يتعذر نقله لمسجد آخر ، وبحث الأذرعى تعين مسجد خص بطائفة خص بها المنهدم إن وجد وإن بعد ، أما ريع المسجد المنهدم فقال الوالد رحمه الله تعالى : إنه إن توقع عوده حفظ له ، وهو ما قاله الإمام ، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف إليه ، وبه جزم

الأرض ؟ فيه نظر ، والثانى أقرب (قوله ووقفها) قيد لما قبله (قوله بنحو شراء) ولو من غلة الوقف حيث لم توقف من الناظر (قوله فإنها تباع جزما) أى وتصرف على مصالح المسجد ولا يتعين صرفها فى شراء حصر بدلها (قوله على البناء خاصة) أى دون الأرض فلا يجوز بيعها (قوله ليعمر به مسجدا آخر إن رآه الحاكم) أى ويصرف للثانى جميع ما كان يصرف للأول من الغلة الموقوفة عليه ، ومنه بالأولى مالو أكل البحر المسجد فتنقل أنقاضه لمحل آخر ويفعل بغلته ماذكر ، ومثل المسجد أيضا غيره من المدارس والربط وأضرحة الأولياء نفعنا الله بهم ، فينقل الولى منها إلى غيرها للضرورة ، ويصرف على مصالحه بعد نقله ماكان يصرف عليه فى محله الأول (قوله والأقرب) أى المسجد الأقرب الخ (قوله لانحو بئر ورباط) أى وإن كانا موقوفين (قوله خص بها المنهدم الخ) معتمد (قوله وإن بعد) أى ولو ببلد آخر (قوله فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر) أى قريب منه انتهى شرح

الوقف مشكل (قوله فيقلع وينتفع بعينه) أراد بذلك إفادة الحكم بتمامه وإن كان لايتفرع على ماقبله كما لايخفى (قوله فيظهر عدم صحة الوقف) كأن الصورة أنه أراد الوقف بعد انقضاء مدة الإجارة واستحقاق القلع فتأمل (قوله وبحث الأذرعى تعين مسجد خص بطائفة الخ) انظر هل مثله تعين نقض الجامع لجامع لا لمسجد غير جامع

فى الأنوار ، وإلا فمنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين . أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشترى بها عقار ويوقف عليه ، بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها : أى إن توقعت عن قرب كما أشار إليه السبكى وإلا لم يعد منه شىء لأجلها لأنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه ولووقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع فى الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى فى أرض موقوفة لتزرع حناء فآجرها الناظر لتغرس كرما بأنه يجوز إذا ظهرت المصلحة ولم يخالف شرط الواقف انتهى . لايقال : هذا مخالف لشرط الواقف ، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشتراط أن لايزرع غيره ، لأن من المعلوم أنه يغتفر فى الضمنى مالا يغتفر فى المنطوق ، على أن الفرض فى مسئلتنا أن الضرورة ألجأت إلى الغرس أو البناء ومع الضرورة مخالفة شرط الواقف جائزة إذ من المعلوم أنه لايقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسئلة البلقينى ليس فيها ضرورة فاحتاج إلى التقييد بعدم مخالفة شرط الواقف ، وعمارة الوقف مقدمة على الموقوف عليه ، ويصرف ريع ما وقف على المسجد وقفا مطلقا أو على عمارته فى بناء وتجصيص محكم وسلم وبوارى للتظليل بها ومكانس ومساحى لنقل التراب وظلة تمنع إفساد خشب باب ونحوه بمطر ونحوه إن لم يضر بالمارة وأجرة قيم لا مؤذن وإمام وحصر ودهن لأن القيم يحفظ العمارة ، بخلاف الباقى فلو كان الوقف لمصالحه صرف من ريعه لمن ذكر لا فى تزويق ونقش بل لو وقف عليها لم يصح ، وهذا المذكور من عدم صرف ذلك للمؤذن والإمام فى الوقف المطلق هو مقتضى مانقله فى الروضة عن البغوى ، لكنه نقل بعده عن فتاوى الغزالى أنه يصرف لهما كما فى الوقف على مصالحه وكما فى نظيره من الوصية للمسجد ، وهذا هو الأصح ، ويتجه إلحاق الحصر والدهن بهما فى ذلك ، ولأهل الوقف المهايأة لاقسمته ولو إفرازا ولا تغييره كجعل البستان دارا وعكسه مالم يشرط الواقف العمل بالمصلحة فيجوز تغييره بحسبها ، قال السبكى : والذى أراه تغييره فى غيره ولكن بثلاثة شروط : أن يكون يسيرا لايغير مسماه ، وأن لايزيل شيئا من عينه بل ينقله من جانب

منهج وبقى مالو كان ثم مساجد متعددة واستوى قربه من الجميع هل يوزع على الجميع أو يقدم الأحوج ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، فلو استوت الحاجة والقرب جاز صرفه لواحد منها (قوله أو مصالح المسلمين) على الخلاف السابق والراجح منه تقديم المصالح (قوله وإلا لم يعد) أى يدخر . قال حج : بل يشترى به عقار أو نحوه انتهى (قوله وتجصيص) ومنه البياض المعروف (قوله لا مؤذن وإمام) ضعيف (قوله بل لو وقف عليها) الأولى عليهما : أى التزويق والنقش (قوله لاقسمته) هو واضح إن حصل بالقسمة تغيير لما كان عليه الوقف كجعل الدار الكبيرة دارين ، أما عند عدم حصوله كأن تراضوا على أن كل واحد منهم يأخذ دارا ينتفع بها مدة استحقاقه فالظاهر الجواز وله الرجوع عن ذلك متى شاء (قوله فى غيرها) أى غير صورة الشرط (قوله لايغير مسماه) منه يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن مطهرة مسجد مجاورة لشارع من شوارع المسلمين آلت للسقوط وليس فى الوقف ماتعمر به فطلب شخص أن يعمرها من ماله بشرط ترك قطعة من الأرض التى كانت حاملة للجدار لتتسع الطريق فظهرت المصلحة فى ذلك خوفا من انهدامها وعدم ماتعمر به هل ذلك جائز أم لا ، وهو الجواز نظرا للمصلحة المذكورة . وفى حج : فرع : فى فتاوى ابن عبد السلام يجوز إيقاد اليسير فى المسجد الخالى ليلا تعظيما له لا نهارا للسرف والتشبيه بالنصارى ، وفى الروضة يحرم إسراج الخالى وجمع بحمل هذا على ما إذا سرج من وقف المسجد أو ملكه ، والأول على ما إذا تبرع به من يصح تبرعه ، وفيه نظر لأنه إضاعة مال بل الذى يتجه الجمع بحمل الأول على ما إذا توقع ولو على ندور احتياج أحد لما فيه من النور :

إلى آخر ، وأن يكون مصلحة للوقف . وعليه ففتح شباك الطيبرسية فى جدار الجامع الأزهر لا يجوز إذ لا مصلحة للجامع فيه .

(فصل)

فى بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر

(إن) كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه وأطلق أو قال كيف شاء فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك مامر آنفا فى قول المصنف بإعارة وإجارة وما قيدناه به ، ثم إن (شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع) كبقية شروطه لما روى أن عمر رضى الله عنه ولى أمر صدقته ثم جعل لحفصة ماعاشت ثم لأولى الرأى من أهلها . وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه مالم يشرط له شىء من ريع الوقف على مابحثه بعضهم ودعوى السبكى أنه بالإباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط ، إلا أن يشترط نظره حال الوقف فلا ينعزل بعزل نفسه

والثانى على ما إذا لم يتوقع ذلك انتهى (قوله لايجوز) أى أما المرور منه فإنه جائز لعدم التعدّى من المار ، إذ غايته أن مروره فى أرض موقوفة ، وليس فى شرط الواقف مايقتضى المنع منه (قوله إذ لامصلحة للجامع فيه يؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن شخصا أراد عمارة جامع خرب بآلة جديدة غير آلته ، ورأى المصلحة فى جعل بابه من محل آخر غير المحل الأوّل لكونه بجوار من يمنع الانتفاع به على الوجه المعتاد وهو أنه يجوز له ذلك لأن فيه مصلحة أى مصلحة للجامع وللمسلمين .

(فصل) فى بيان النظر على الوقف وشرطه

(قوله ووظيفة الناظر) أى وما يتبع ذلك كعدم انفساخ الإجارة بزيادة الأجرة (قوله وما قيدناه به) أى من قوله إن كان ناظرا الخ (قوله كبقية شروطه) ومنها ما لو شرط أن يؤجر بأكثر من كذا فيتبع ، وإن كان ماشرطه دون أجرة مثل تلك الأماكن الموقوفة فيؤجره الناظر بما شرطه الواقف ولو كان المستأجر غنيا حيث لم يكن فى شرط الواقف مايمنعه ، فلو أجر بأكثر مما شرطه الواقف فالإجارة فاسدة ، ويجب على المستأجر ماشرطه الواقف إن كان دون أجرة المثل وأجرة المثل إن كان ماشرطه زائدا عليها لأن أجرة المثل هى اللازمة حيث فسدت الإجارة وما أخذ من المستأجر زائدا على ما وجب عليه لايملكه الآخذ (قوله صدقته) أى وقفه ، وقوله سقط : أى وانتقل لمن بعده (قوله إلا أن يشترط نظره) يتأمل الاستثناء ، فإن انعزاله وعدمه مسئلة أخرى إن كان المراد بقوله بل لو قبله ثم أسقط حقه الخ أنه أسقط حقه من الريع ، وإن كان المراد أنه أسقط حقه من النظر فالثانية عين الأولى فيتحد المستثنى والمستثنى منه ، وعبارة حج : وإن شرط نظره حال الوقف فلا يعود إلا بتولية الحاكم كما اقتضاه كلام الروضة خلافا لمن نازع فيه ، ويؤيده كلامهم فى الوصى اه . وهى تفيد أنهما مقالتان (قوله فلا ينعزل بعزل نفسه الخ) ومن عزل نفسه مالو أسقط حقه من النظر لغيره بفراغ له فلا يسقط حقه ويستنيب القاضى من يباشر عنه فى الوظيفة ، ثم هذا مع قوله السابق كبقية شروطه يفيد أن الواقف إذا شرط من الوظائف شيئا لآخر حال الوقف اتبع ومنه مالو شرط الإمامة أو الخطابة لشخص ولذريته ثم إن المشروط له ذلك فرغ عنهما لآخر

على الراجح خلافا لمن زعم خلافه . نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه ، فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة (وإلا) أى وإن لم يشرطه لأحد (فالنظر للقاضى)

وباشر المفروغ له فيهما مدة ثم مات الفارغ عن أولاد ، وهو أن الحق فى ذلك ينتقل للأولاد على ماشرطه الواقف ثم ما استغله المفروغ من غلة الوقف لايرجع عليه بشىء منه لأنه استحقه فى مقابلة العمل سيما وقد قرره الحاكم غاية الأمر أن تقريره وإن كان صحيحا لكنه بالنيابه عن الفارغ . وكذلك لارجوع للمفروغ له على تركة الفارغ بما أخذه فى مقابلة الفراغ وإن انتقلت الوظيفة عنده لأولاد الفارغ لأنه إنما دفع الدراهم فى مقابلة إسقاط الحق له وقد وجد وقرره الحاكم على مقتضاه . وأما أنه كان يظن أن الحق ينتقل إليه مطلقا وتبين خلافه فلا يقتضى الرجوع لنسبته فى عدم البحث عن ذلك أوّلا إلى تقصير فأشبه من باع شيئا وهو مغبون فيه بعدم علمه بقيمته ، وفى فتاوى الشارح مايصرح بانتقال الحق للأولاد حيث قال فى جواب فى صورته سئل عن واقف شرط الوظيفة الفلانية لزيد وأولاده وذرّيته من بعده وشرط أن من نزل من أرباب الوظائف سقط حقه من ذلك ولا يستحق المنزول له شيئا بل يقرّر الناظر الشرعى غيرهما ، ثم إن فلانا فرغ عن وظيفته لآخر وقرر الناظر أجنبيا غيرهما . ثم مات النازل فهل يستحق أولاده الوظيفة بعده ؟ فأجاب بأنهم يستحقون ذلك عملا بشرط الواقف ولصدق البعدية بذلك ، ولم يشرط الواقف لاستحقاق الأولاد بقاء استحقاق والدهم ذلك إلى وفاته ، وما نسب إلىّ من الإفتاء بخلاف ذلك فقد رجعت عنه إن كان صحيحا انتهى .

[فرع] وقع السؤال عن رجل وقف وقفا مستوفيا للشروط الشرعية وعين فيه وظائف من جملتها وظيفة المباشرة على وقفه وجعلها لشخص معين وكذلك جعل غيرها لأشخاص معينين ، ثم بعد ذلك شرط فى مكتوب وقفه أن من مات من الأشخاص المجعول لهم الوظائف المذكورة وله ولد أو ولد ولد أو أخ أو قريب قرر مكانه ، ثم إن ولده بعد مدة فرغ عن الوظيفة المذكورة لشخص وتكرر ذلك الفراغ لأشخاص متعددين ثم توفى المقرر المذكور الصادر منه الفراغ المذكور وترك ولدا ، ثم إن الولد تنازع مع من هى بيده الآن فهل له المنازعة فيها أم الحق فيها لمن هى بيده الآن أم كيف الحال ؟ والجواب : الحمد لله حيث لم يزد الواقف فى شرطه على قوله قرر مكانه سقط حق المقرر فى الوظيفة بفراغه عنها . فإذا مات بعد ذلك عن ولد لم يكن للولد حق لأن أباه حين مات لم يكن له حق فى الوظيفة ينتقل عنه لولده فيستمرّ الحق فيها لمن قرر بالفراغ ، ولا حق للولد المذكور فى ذلك فلا يلتفت لمنازعته إذ لم يشرط الواقف لغيره من قرّر عن والده حقا ومن ثم أفتى الشمس الرملى فى شرط الوظيفة الفلانية لزيد ولأولاده ولذرّيته من بعده ، ثم فرغ زيد عن وظيفته لآخر ثم مات زيد عن أولاد بانتقال الحق من المفروغ له لأولاد الفارغ عملا بقول الواقف ولذرّيته من بعده ، فأفهم أنه لو اقتصر على قوله لزيد ولم يذكر ذرّيته من بعده عدم الانتقال للأولاد وما نحن فيه لم يزد واقفه على أن من مات وله ولد يجوز مكانه فأفاد ذلك عدم استحقاق الولد المذكور والله أعلم ، وفى حج : فرع : شرط الواقف لناظر وقفه فلان قدرا فلم يقبل النظر إلا بعد مدة بان استحقاقه لمعلوم النظر من حين آل إليه ، كذا قيل ، وإنما يتجه فى المعلوم الزائد على أجرة المثل لأنه لايقصد كونه فى مقابلة عمل ، بخلاف المعلوم المساوى لأجرة مثل نظر هذا الوقف أو الناقص عنه لايستحقه فيما مضى لأنه فى مقابلة عمله ولم يوجد منه فلا وجه لاستحقاقه له اهـ . وفيه أيضا : وبحث بعضهم أنه لو خشى من القاضى أكل الوقف لجوره جاز لمن هو بيده صرفه فى مصارفه ولو بإجارته إن عرفها ، وإلا فوّضه لفقيه عارف بها أو سأله وصرفها اهـ (قوله وإن لم يشرطه لأحد) أى إن لم يعلم شرطه لأحد سواء علم شرطه أو جهل الحال

أى قاضى بلد الموقوف عليه كما مرّ نظيره فى مال اليتيم (على المذهب) إذ نظره عام فهو أولى من غيره ولو واقفا وموقوفا عليه وإن كان معينا وما جزم به الماوردى من ثبوته للواقف بلا شرط فى مسجد المحلة والخوارزمى فى سائر المساجد وزاد أن ذرّيته مثله مردود. والطريق الثانى ينبنى على أقوال الملك (وشرط الناظر العدالة) الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعى خلافا لاكتفاء السبكى فى منصوب الواقف بالظاهرة فينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره نحو كذب أمكن كونه معذورا فيه كما هو ظاهر، وسواء فى الناظر أكان هو الواقف أم غيره، ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم كما يأتى. وقياس ما يأتى فى الوصية والنكاح صحة شرط ذمى النظر لذمى عدل فى دينه لكن يرد باشتراط العدالة الحقيقية هنا، والفرق بين هذا وصحة تزويج الذمى موليته واضح (والكفاية) لما تولاه من نظر عام أو خاص وهى (الاهتداء إلى التصرف) الذى فوّض له قياسا على الوصى والقيم لأنها ولاية على الغير. وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم كما رجحه السبكى لا لمن بعد من الأهل بشرط الواقف خلافا لابن الرفعة لأنه لم يجعل للمتأخر نظرا إلا بعد فقد المتقدم فلا سبب لنظره غير فقده، وبهذا فارق انتقال ولاية النكاح للأبعد بفسق الأقرب لوجود السبب فيه وهو القرابة، ولا يعود النظر بعود الأهلية مالم يكن نظره بشرط الواقف كما أفتى به المصنف لقوّته إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به، والعارض مانع من تصرفه لا سالب لولايته كما مر، ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته فى مكان ثبتت فى بقية الأماكن من حيث الأمانة لا من حيث الكفاية، إلا أن يثبت أهليته فى سائر الأوقاف كما قاله ابن الصلاح، وهو ظاهر كما قاله الدميرى إذا كان الباقى فوق ما أثبتت فيه أهليته أو مثله مع كثرة مصارفه وأعماله فإن كان أقل فلا (ووظيفته) عند الإطلاق حفظ الأصول والغلات على وجه الاحتياط كولى اليتيم و (الإجارة

(قوله أى قاضى بلد الموقوف عليه) عبارة حج: أى قاضى بلد الموقوف بالنسبة لحفظه ونحو إجارته، وقاضى بلد الموقوف عليه بالنسبة لما عدا ذلك نظير مامرّ، فى مال اليتيم، وهى ظاهرة ولعلها مراد الشارح بقوله كما مرّ الخ (قوله وإن كان) أى الموقوف عليه (قوله وشرط الناظر) أى وإن كان هو الواقف بأن شرط النظر لنفسه كما يأتى (قوله العدالة) أى ولو امرأة اهـ. وقوله مطلقا: أى سواء ولاه الواقف أو الحاكم (قوله فينعزل بالفسق المحقق) قضيته أنه لا يشترط فيه السلامة من خارم المروءة (قوله لكن يرد الخ) معتمد (قوله واضح) وهو أن ولىّ النكاح فيه وازع طبيعى يحمله على الحرص على تحصين موليته دفعا للعار عنه بخلاف الوقف (قوله إلا بعد فقد المتقدم) وذلك بأن قال على أن النظر فيه لزيد ثم عمرو مثلا، ولا يخالف هذا ما يأتى من أنه لو تغير حال الأرشد انتقل النظر لمن هو أرشد منه، لأن ماهنا شرط فى الانتقال لعمرو فقد زيد وبزوال الأهلية لم يفقد، وفيما يأتى جعل الاستحقاق منوطا بالصفة التى هى الأرشدية فحيث لم توجد فى الأول كان من بعده مستحقا بالصفة التى اعتبرها الواقف (قوله بشرط الواقف) أى فيعود (قوله والإجارة) أى فله ذلك سواء كان المستأجر من الموقوف عليهم أو أجنبيا حيث رأى المصلحة فى ذلك وإن طلبه الموقوف عليه حيث لم يشرط الواقف السكنى بنفسه. أما إذا شرط ذلك فليس للناظر الإيجار بل يستوفى الموقوف عليه المنفعة بنفسه أو نائبه، ثم إذا أجر الناظر نصف الموقوف شائعا صحّ إن لم يكن فى شرط الواقف مايمنعه ويصير المستأجر لذلك مستحقا لنصف المنفعة فيها والمستحق

(قوله أى قاضى بلد الموقوف عليه) أى بالنسبة لغير نحو الحفظ والإجارة وقاضى بلد الموقوف بالنسبة لذلك كما هو قضية التشبيه وصرح به الشهاب حج، ولعله سقط من نسخ الشارح من الكتبة (قوله لا لمن بعد من الأهل)

والعمارة) وكذا الإقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذنه فيه الحاكم كما فى الروضة وغيرها خلافا للبلقينى ومن تبعه سواء فى ذلك مال نفسه وغيره (وتحصيل الغلة وقسمتها) على مستحقيها لأنها المعهودة فى مثله ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف ، وإنما جاز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجلة ، ولو كان له وظيفة فاستناب فيها فالأجرة عليه لا على الوقف كما هو ظاهر ، ونقل الأذرعى عمن لايحصى وقال : إن الذى نعتقده أن الحاكم لانظر له معه ولا تصرف بل نظره معه نظر إحاطة ورعاية ، ثم حمل إفتاء ابن عبد السلام بأن المدرس هو الذى ينزل الطلبة ويقدّر لهم جوامكهم ، على أنه كان عرف زمنه المطرد ، وإلا فمجرد كونه مدرسا لايوجب له تولية ولا عزلا ولا تقدير معلوم انتهى . ولا يعترض

للنصف الآخر إن وجد كأن أجر الناظر باقيه لآخر ، وإلا انتفع المستأجر بما استأجر بمهايأة مع الناظر وباقيه إن لم يوجد من يستأجره يتعطل على جملة المستحقين والأجرة التى استأجر بها الأول النصف توزع على كل المستحقين ولا يختص بها الأوّل وإن كانت قدر حصته ، ولو وجد من يستأجر الكل بعد استئجار الأوّل للنصف لاتنفسخ إجارته ، وإن وجد قبل استئجاره فعلى الناظر ما يراه مصلحة (قوله والعمارة) فى الروض وشرحه : نفقة الموقوف ومؤنة تجهيزه وعمارته من حيث شرطت شرطها الواقف من ماله أو من مال الوقف وإلا فمن منافعه : أى الموقوف ككسب العبد وغلة العقار ، فإذا تعطلت منافعه فالنفقة ومؤن التجهيز لا العمارة من بيت المال كمن أعتق من لاكسب له . أما العمارة فلا تجب على أحد حينئذ كالملك المطلق بخلاف الحيوان لصيانة روحه اهـ سم على حج . وظاهر أن مثل العمارة أجرة الأرض التى بها بناء أو غراس موقوف ولم تف منافعه بالأجرة (قوله أو أذنه فيه الحاكم) أى فلو اقترض من غير إذن من الحاكم ولا شرط من الواقف لم يجز ولا يرجع بما صرفه لتعديه به (قوله وغيره) قال الغزى : وإن أذن له فيه صدّق ما دام ناظرا إلا بعد عزله اهـ حج (قوله فالأجرة عليه) أى وإن تعطل عليه معلوم الوظيفة لعمارة أو نحوها ، ولا يسقط بذلك شىء من أجرة النائب (قوله أن الحاكم لانظر له) انظر ولو كان الحاكم هو الذى ولاه النظر اهـ سم على حج . أقول : لانظر له معه ولو كان هو الذى ولاه ، وقوله

كأن صورته أنه جعل النظر بعد هذا لفلان فتأمل (قوله ونقل الأذرعى عمن لايحصى وقال إنه الذى نعتقده أن الحاكم لانظر له معه الخ) أى والكلام فى الناظر الخاص لامن نصبه الحاكم حيث النظر له ، وعبارة الأذرعى فى محل نصها فائدة : قد يؤخذ من قوله أى المنهاج أن شرط الواقف النظر الخ أنه ليس للقاضى أن يولى فى المدرسة وغيرها إلا عند فقد الناظر الخاص من جهة الواقف لأنه لانظر له معه كما دلّ عليه كلامهم ولم أر لهم نصا يخالفه ، وربما يأتى فيه كلام اهـ . ثم قال فى محل بعد هذا مانصه : فرع : تعلق بعض فقهاء العصر بكلام الشيخين هنا فى أنه ليس للناظر التولية فى الوظائف فى المدرسة وغيرها ، وربما تعلق بقولهما كذا وكذا ظانا أنه للحصر ، وصاروا يقولون بأن التولية فى التدريس للحاكم وحده وليس للناظر الخاص ، وهذا غير سديد وكلام الرافعى ونحوه محمول على غالب التصرفات ، ولو حمل على الحصر لكان محله الأوقاف التى ليس فيها إلا ذلك كما هو الغالب فى الوقف على معين أو موصوف بصفة لايحتاج إلى تولية ، وانتصب بعض الشراح لنصر ذلك وأطال القول فيه وهو الذى نعتقده وأن الحاكم لانظر له معه ولا تصرف ، إلى آخر ماذكره عنه الشارح مع زيادة ، فقد علمت أن الكلام فى الناظر الخاص وكيف يمتنع تصرف الحاكم مع من هو نائب عنه مع أن النظر فى الحقيقة إنما هو له ، وإنما جوّزوا له الإنابة فيه لكثرة أشغاله كما هو ظاهر ، وبهذا سقط مافى حواشى الشهاب سم مع ما أردفه

بكون الناظر قد لايميز بين فقيه وفقيه لأنه قائم مقام الواقف وهو الذى يولى المدرس ، فكيف يقال بتقدمه عليه وهو فرعه ، وكونه لايميز لا أثر له لتمكنه من معرفة مراتبهم بالسؤال ، والأوجه عدم وجوب تفريق معلوم الطلبة فى محل الدرس خلافا لابن عبد السلام لعدم كونه مألوفا فى زمننا ، ولأن اللائق بمحاسن الشريعة تنزيه مواضع العلم والذكر عن الأمور الدنيوية كالبيع واستيفاء الحق ، والأقرب أن المراد بالمعيد من يعيد للطلبة الدرس الذى قرأه المدرس ليستوضحوا أو يتفهموا ما أشكل ، ومحل مامر إن أطلق نظره كما مرّ ، ومثله بالأولى ما لو فوض له جميع ذلك (فإن فوّض إليه بعض هذه الأمور لم يتعدّه) اتباعا للشرط ويستحق الناظر ماشرط من الأجرة وإن زادت على أجرة مثله مالم يكن هو الواقف كما مر ، فلو لم يشرط له شىء لم يستحق أجرة . نعم له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة ، قاله البلقينى . قال تلميذه العراقى فى تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة له كما رجحه الرافعى ثم أو الأقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووى . قال الشيخ : وقد يقال التشبيه بالولى إنما وقع فى حكم الرفع إلى الحاكم لا مطلقا فلا يقتضى ما قاله ، وكأن مرادهم أنه يأخذ بتقرير الحاكم ، على أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجرة المثل وإن كان أكثر من النفقة ، وإنما اعتبرت النفقة ثم لوجوبها على فرعه سواء أكان وليا على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ، ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر ، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركوا فى النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيها ويبقى أصل الرشد ، وإن وجدت فى بعض منهم

معه : أى مع الناظر (قوله والأقرب أن المراد بالمعيد الخ) أى حيث كان ثم معيد للدرس مقرر من جهة الواقف أو القاضى أو الناظر (قوله أو يستفهموا ما أشكل) أى مما قرره الشيخ أولا ، فلو ترك المدرس التدريس أو امتنعت الطلبة من حضور المعيد بعد الدرس استحق المعيد ماشرط له من المعلوم لتعذر الإعادة عليه (قوله مالو فرض له جميع ذلك) وقياس مامر فى الوكيل وولى الصبىّ أنه إن قدر على المباشرة ولاقت به لايجوز تفويضها لغيره ، وإلا جاز له التفويض فيما عجز عنه أو لم تلق به مباشرته ، ولا فرق فى المفوّض له بين المسلم والذمى حيث لم يجعل له ولاية فى التصرف فى مال الوقف بل استنابه فيما يباشر بالعمل فقط كالبناء ونحوه (قوله لم يتعدّه) كالوكيل ، ولو فوّض لاثنين لم يستقل أحدهما بالتصرف مالم ينص عليه انتهى شرح منهج (قوله لم يستحق أجرة) قال شيخنا الزيادى بعد ماذكر : وليس له : أى الناظر أخذ شىء من مال الوقف ، فإن فعل ضمن ولم يبرأ إلا بإقباضه للحاكم ، وهذا هو المعتمد رملى انتهى . وقضية قوله للحاكم أنه لايبرأ بصرف بدله فى عمارته أو على المستحقين وهو ظاهر (قوله ليقرر له أجرة) أى وإن كان من جملة المستحقين فى الوقف (قوله على أن الظاهر الخ) معتمد ، وقوله إنه : أى الناظر ، وقوله ثم : أى فى الولى (قوله نصب الحاكم) أى وجوبا (قوله فالأرشد) هذا صريح فى صحة الشرط المذكور والعمل به ، ومنه يعلم رد مانقله سم على منهج عن مقتضى إفتاء البلقينى من أنه لو شرط النظر لنفسه ثم لأولاده بعده لم يثبت النظر للأولاد لما فيه من تعليق ولايتهم ، والولاية لاتتعلق إلا فى الأمر الضرورى كالقضاء (قوله وإن وجدت فى بعض منهم) أى وإن كان امرأة

به شيخنا فى حاشيته . (قوله نعم له رفع الأمر إلى الحاكم الخ) عبارة البلقينى المنقولة فى شرح الروض : فلو رفع الأمر إلى حاكم ليقرر له أجرة فهو كما إذا تبرم الولى بحفظ مال الطفل ورفع الأمر إلى القاضى ليثبت له أجرة انتهت.

اختص بالنظر عملا بالبينة ، فلو حدث منهم أرشد منه لم ينتقل إليه ، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر إلى من هو أرشد منه ، ويدخل فى الأرشد من أولاد أولاده الأرشد من أولاد البنات لصدقه به (وللواقف عزل من ولاه) نائبا عنه إن شرط النظر لنفسه (ونصب غيره) كالوكيل ، وأفتى المصنف بأنه لو شرط النظر لإنسان وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر إليه بعد موته ، وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك ، وخالفهم السبكى فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكى بأن للواقف والناظر من جهته عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطا فى الوقف ولو لغير مصلحة ، وهو مردود بما فى الروضة أنه لايجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بغير سبب فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذى هو فرض ، ومن ربط نفسه لايجوز إخراجه بلا سبب ، بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضا وكذا قراءة القرآن ، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ماذكر من أن الربط به كالتلبس به وإلا فشتان ما بينهما ، ومن ثم اعتمد البلقينى أن عزله من غير مسوّغ لاينفذ بل هو قادح فى نظره ، وفرق فى الخادم بينه وبين نفوذ عزل الإمام للقاضى تهوّرا بأن هذه لخشية الفتنة وهو مفقود فى الناظر الخاص . وقال فى شرح المنهاج فى الكلام على عزل القاضى بلا سبب ونفوذ العزل فى الأمر العام :أما الوظائف الخاصة كأذان وإمامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب ، كما أفتى به كثير من المتأخرين منهم ابن رزين فقال : من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك انتهى ، وهذا هو المعتمد ، وإذا قلنا لاينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ أفتى جمع متأخرون بعدمه ، وقيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكى بأنه لاحاصل له . ثم بحث أنه ينبغى وجوب بيان مستنده مطلقا أخذا من قولهم لايقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب ، وادعى الولىّ العراقى أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها فيجوز أن يختل وأن يظن ماليس بقادح قادحا ، بخلاف من تمكن علما ودينا زيادة على مايعتبر فى الناظر من تمييز مايقدح وما لا يقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى ، ولو طلب المستحقون من الناظر كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم كما أفتى به الوالد

(قوله أن يسنده لمن شاء)أى بأن يجعل النظر لغيره (قوله لم يكن له) أى المسند (قوله بل هو قادح) أى فينعزل حيث لاشبهة له فيما فعله لنفسه وقوله وفرق فى الخادم صاحب الخادم هو الزركشى ،وقوله تهوّرا . التهوّر :الوقوع فى الشىء بقلة مبالاة انتهى مختار(قوله وهو مفقود فى الناظر) قضيته أن غير الإمام من أرباب الولايات لاينفذ عزلهم لأرباب الوظائف الخاصة خوفا من الفتنة،لكن فى كتاب القضاء التصريح بخلافه فليراجع وسيأتى فى كلام الشارح (قوله ثم بحث الخ)معتمد،وقوله ينبغى وجوب بيان مستنده مطلقا : أى وثق بعلمه أولا (قوله وادعى الولى العراقى الخ)

ولعل بعضها ساقط من الشارح من النساخ ، وإلا فالذى بعد هذا لايتم إلا به (قوله وعللوه بأن التفويض) أى من الإنسان المشروط له النظر إلى الآخر (قوله لم يجز عزله بمثله ولا بدونه) أى ولا بأعلى منه كما علم مما مرّ ، ولعل ابن رزين إنما قيد بما ذكره لأنه يرى جواز عزله بأعلى منه (قوله وزيفه التاج السبكى بأنه لا حاصل له) عبارته فى التوشيح : لا حاصل لهذا القيد فإنه إن لم يكن كذلك لم يكن ناظرا ، وإن أراد علما ودينا زائدين على مايحتاج إليه النظار فلا يصح ، إلى آخر ماذكره ، ولك أن تتوقف فى قوله فإنه إن لم يكن كذلك لم يكن ناظرا فإنهم

رحمه الله تعالى أخذا من إفتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ، ولو تغيرت المعاملة وجب ماشرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ؟ فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ وإلا وجب مثله ، ويقع فى كثير من كتب الأوقاف القديمة شرط قدر من الدراهم النقرة . قال الوالد رحمه الله تعالى : قد قيل إنها حررت فوجد كل درهم منها يساوى ستة عشر درهما من الدراهم الفلوس المتعامل بها الآن (إلا أن يشرط نظره) أو تدريسه مثلا (حال الوقف) بأن يقول وقفت هذا مدرسة بشرط أن فلانا ناظرها أو مدرسها وإن نازع فيه الأسنوى فليس له كغيره عزله من غير سبب يخل بنظره لأنه لا نظر له بعد شرطه لغيره ، ومن ثم لو عزل المشروط له نفسه لم ينصب بدله سوى الحاكم كما مر ، أما لو قال وقفته وفوّضت ذلك إليه فليس كالشرط ، وتردد السبكى فيما إذا شهدت بينة بأرشدية زيد ثم أخرى بأرشدية عمرو وقصر الزمن بينهما بحيث لايمكن صدقهما فإنهما يتعارضان ، ثم هل يسقطان أم يشترط زيد وعمرو ؛ وبالثانى أفتى ابن الصلاح ، أما إذا طال الزمن بينهما فمقتضى المذهب على ما قاله السبكى الحكم بالثانية إن صرحت بأن هذا أمر متجدد ، واعترضه الشيخ بمنع أن مقتضاه ذلك وإنما مقتضاه ماصرح به الماوردى وغيره أنا إنما نحكم بالثانية إذا تغير حال الأرشد الأول (وإذا أجر الناظر) الوقف على معين أو جهة إجارة صحيحة (فزادت الأجرة فى المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد فى الأصح) لوقوعه بالغبطة فى وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور . والثانى تنفسخ إذا كان للزيادة وقع والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، ومحل الخلاف كما قاله الإمام إذا كثر الطالب بها وإلا لم يعتبر جزما . ومرّ أنّه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز إيجاره بأقل من أجرة مثله ، وعليه فالأوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له فى ذلك ، وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها أجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت أجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطؤهما ، لأن تقويم المنافع المستقبلة إنما يصح حيث استمرت حالة العقد ، بخلاف ما لو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لها لم يوافق تقويمه الصواب انتهى . ويعلم مما سيأتى آخر الدعوى والبينات أن كلامه مفروض فيما إذا كانت العين باقية بحالها بحيث

ضعيف (قوله المتعامل بها الآن) وقيمتها إذذاك نصف فضة وثلث وتساوى الآن أربعة أنصاف فضة ونصف نصف (قوله فليس كالشرط) أى فله عزله حيث شرط النظر لنفسه كأن قال وقفت هذا على كذا بشرط أن النظر فيه لى وفوّضت التصرف فيه لفلان (قوله وتردد السبكى) هذه مساوية لما تقدم فى قوله وإن جعله للأرشد من أولاده الخ ، غايته أن هذه مشتملة على نسبتها لقائلها (قوله إذا كثر الطالب) أى كثرة يغلب على الظن أنه إذا لم يأخذ واحد منهم أخذ الآخر (قوله ممن لم يأذن له) أى أما إذا أذن له فى ذلك فلا تنفسخ الإجارة بانتقال الحق له لرضاه أوّلا بإسقاط حقه بالإذن على ماأفهمه التقييد بقوله ممن لم يأذن له ، وقد يتوقف فيه بأن إذنه قبل انتقال الحق إليه لغو وذلك يقتضى انفساخ الإجارة بانتقال الحق عن المؤجر (قوله بأن يتبين بطلانها) ضعيف ، وقوله والذى

لم يشترطوا فى الناظر العلم (قوله أو تدريسه) أى مثلا كما فى التحفة . واعلم أن هذا لايناسب ما حل به فى المتن فيما مر من قصره على ما إذا ولى نائبا عنه فى النظر ، على أن مفهومه أنه إذا لم يشرط تدريسه فى الوقف وقرره فيه حيث كان له ذلك بأن كان النظر له أن يكون له عزله ، أى ولو بلا سبب كما هو قضية إطلاقه ، وهو مخالف لما مر آنفا فليتأمل (قوله ومر أنه لو كان المؤجر المستحق الخ) أى فى كتاب الإجارة .

يقطع بكذب تلك البينة الأولى ، فإن لم يكن كذلك لم يعتدّ بالبينة الثانية واستمر الحكم بالأول ، وبما قررناه اندفع كلام الأذرعى أن إفتاءه مشكل جدا لأنه يؤدى إلى سد باب إجارة الأوقاف إذ طرق التغيير الذى ذكره كثيرة ، والذى يقع فى النفس أنا ننظر إلى أجرة المثل التى تنتهى إليها الرغبات حالة العقد فى جميع المدة المعقود عليها مع قطع النظر عما عساه يتجدد ، ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والاجارة ، وإلا فلا كما يأتى بسطه آخر الدعاوى . وأفتى الولى العراقى فيمن استأجر وقفا بشرطه وحكم له حاكم شافعى بموجبه وبعدم انفساخها بموت أحدهما وزيادة راغب أثناء المدة بأن هذا إفتاء لا حكم لأن الحكم بالشيء قبل وقوعه لا معنى له ، كيف والموت أو الزيادة قد يوجدان وقد لا فلمن رفع له الحكم بمذهبه انتهى . وما علل به ممنوع كما تقدم نظيره فى باب الرهن ، وسيأتى فيه مزيد تحقيق فى الباب الآتى إن شاء الله تعالى .

كتاب الهبة

من هب : مرّ لمرورها من يد إلى أخرى أو استيقظ لتيقظ فاعلها للإحسان والأصل فى جوازها بل ندبها بسائر أنواعها الآتى قبل الإجماع الكتاب والسنة ، وورد « تهادوا تحابوا » أى بالتشديد من المحبة وقيل بالتخفيف من المحاباة وصح « تهادوا فإن الهدية تذهب بالضغائن » وفى رواية « فإن الهدية تذهب وحر الصدر » وهو بفتح المهملتين

يقع فى النفس الخ معتمد (قوله مع قطع النظر) أى ومع مراعاة كون الأجرة معجلة أو مقسطة على الشهور مثلا (قوله فإن ثبت بالتواتر) مفهومه أنه لو ثبت ذلك ببينة لم يحكم بالبطلان وهو ظاهر (قوله تبين بطلان الحكم والإجارة) أى فيرد الناظر ماقبضه من المستأجر إن كان باقيا وإلا فبدله من ماله إن كان صرفه فى غير مصالح الوقف ومن مال الوقف إن كان صرفه فى مصالحه ولو بإيجاره مدة طويلة حيث تعينت لتوفية ما قبضه من المستأجر الأول والكلام كله حيث لم يفسق بتعديه بالإجارة والصرف ، وإلا فمعلوم أنه لا يجوز له الإجارة ثانيا ولا يصح منه لانعزاله (قوله أثناء المدة) أى لأمر عرضى وهو كونه من الأضحية الممتنع فيها ذلك وبلا عوض نحو البيع اهـ حج (قوله وما علل به ممنوع) معتمد .

كتاب الهبة

(قوله من هب) أى مأخوذة من هب الخ (وقوله والسنة) أى كخبر الصحيحين « لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » أى ظلفها شرح منهج . والفرسن بكسر الفاء والسين وسكون الراء كما فى الصحاح والقاموس وبفتح السين وكسر الفاء كما فى المشكاة (قوله وقيل بالتخفيف) وعليه فالباء مضمومة لأنه من المفاعلة . والمعنى أن بعضكم يحابى بعضا (قوله تذهب بالضغائن) جمع ضغينة وهى الحقد ، يقال فى فعله ضغن كطرب انتهى مختار

كتاب الهبة

(قوله بالتشديد من المحبة) أى ويكون مجزوما فى جواب الأمر ، وقوله وقيل بالتخفيف من المحاباة : أى ويكون أمرا ثانيا للتأكيد هكذا ظهر ، وظاهر أنه على الثانى بفتح الباء كما هو القياس ، وما فى حاشية الشيخ من أنه

مافيه من نحو حقد وغيظ ، وسيأتى فى كتاب القضاء حكم هدية أرباب الولايات والعمال وما يتعلق بها ، ويحرم الإهداء على من غلب على ظنه صرف ما يأخذه فى معصية (التمليك) لعين أو دين بتفصيله الآتى أو منفعة على ما يأتى (بلا عوض هبة) بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة وقسيمهما ومن ثم قدم الحد على خلاف الغالب ، وهذا هوالذى ينصرف إليه لفظ الهبة عند الإطلاق ، ويعلم مما يأتى فى الأيمان عند التأمل عدم منافاته لما ذكر هنا فخرج بالتمليك الضيافة والعارية فإنهما إباحة والملك يحصل بعده ، والوقف فإنه تمليك منفعة لا عين على ماقيل ، والأوجه أنه لاتمليك فيه وإنما هو بمنزلة الإباحة كما صرح بذلك السبكى فقال لا حاجة للاحتراز عن الوقف فإن المنافع لم يملكها الموقوف عليه بتمليك الواقف بل بتسليمه من جهة الله تعالى ، ولا تخرج الهدية من الأضحية لغنىّ فإنه فيه تمليكا ، وإنما الممتنع عليه نحو البيع كالهبة بثواب وزيد فى الحد فى الحياة لإخراج نحو الوصية فإن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت ، وما اعترض به بعض الشراح ممنوع ، وتطوعا لإخراج نحو الكفارة والنذر والزكاة ، ويرد بمنع التمليك فيها بل هى كوفاء الديون (فإن ملك) شيئا بلا عوض (محتاجا)

(قوله ويحرم الاهداء) وكذا غيره كالهبة كما هو ظاهر اه سم (قوله فى معصية) هل العبرة فى ذلك باعتقاد الدافع أو باعتقاد الآخذ ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل ، فلو وهبه أو أهداه لحنفى ليصرفه فى نبيذ كان من ذلك (قوله على ما يأتى) أى من الخلاف فى أن ماوهبت منافعه عارية أو أمانة ، والراجح منه الثانى (قوله وقسيمهما) وهو الهبة المفتقرة لإيجاب وقبول (قوله ومن ثم قدم الخ) يتأمل اه سم على حج ، ولعل وجه التأمل أنه ليس فى التقديم مايشعر بالمعنى الأعم ، وليست إرادة المعنى مقتضية للتقديم ، اللهم إلا أن يقال : مخالفة الأسلوب تشعر بأن ماهنا على خلاف المتعارف فى مثله وهو يؤدى إلى البحث عما يقتضيه فربما ظهر للناظر أنه لإرادة المعنى الأعم (قوله والملك يحصل بعده) أى بعد ماذكر من الضيافة والعارية ، والمراد ما يأكله الضيف فإن المستعير لايملك بالاستعارة شيئا ، ولا يرد أنه قد يعيره شاة للبنها أو نحو ذلك فإن الراجح فيه أن اللبن ونحوه مقبوض بالإباحة والشاة بالعارية فلم يملك بالعارية شيئا ، ولو أخر الضيافة عن العارية وأنث الضمير كما فعل حج كان أولى ، وقوله بعده أى من الوضع فى الفم أو الازدراد أو التقديم له على الخلاف فى ذلك والراجح منه الأول (قوله والوقف) فى إخراج التمليك المذكور للوقف على هذا الوجه نظر فإن الشارح جعله شاملا لتمليك الدين والعين والمنفعة . نعم هو ظاهر على أنه لاتمليك فيه أصلا من جهة الواقف (قوله نحو البيع كالهبة) عبارة حج : نحو البيع لأمر عرضى وهو كونه من الأضحية الممتنع فيها ذلك وبلا عوض نحو البيع الخ (قوله وما اعترض به) أى على زيادة الحياة فى الحد (قوله ممنوع) لعل صورة الاعتراض أن التمليك فى الوصية يحصل بالإيجاب ويتأخر الملك للقبول بعد الموت وسند المنع أنا لانسلم أن صيغة الإيجاب بمجردها يحصل بها تمليك (قوله كوفاء الديون) وفيه نظر لأن كونها كوفاء الديون لايمنع أن فيها تمليكا اه حج . وكتب عليه سم : والنظر قوى جدا انتهى . وقد يجاب عن النظر بأن المستحقين فى الزكاة ملكوا قبل أداء المالك فإعطاؤه تفريغ لما فى ذمته لاتمليك مبتدأ ، وكذا يقال فى

بضمها لم أعرف سببه (قوله ويحرم الاهداء) قد يقال هلا عبر بالهبة (قوله على خلاف الغالب) أى من عدم ذكره للحد بالكلية ، وليس المراد على خلاف الغالب من تقديمه فيكون الغالب ذكره له لكن مؤخرا إذ هذا خلاف الواقع وإن أوهمه كلام الشيخ فى الحاشية (قوله فإنها إباحة) يعنى الضيافة وإن كانت مقدمة فى الذكر فى نسخ الشارح ، ولعل تقديمها من الكتبة (قوله وإنما الممتنع عليه نحو البيع كالهبة بثواب) عبارة التحفة : وإنما الممتنع

ولو لم يقصد ثواب الآخرة أو غنيا (لثواب الآخرة) أى لأجله (فصدقة) أيضا وهى أفضل الثلاثة (فإن) وفى نسخ متعددة وإن ، وهى أولى لدفعها ما اعترض به على الفاء من أن الهدية قسم من الصدقة . نعم إيهامه أنه إذا اجتمع النقل والقصد كان صدقة وهدية صحيح (نقله) أى المملك بلا عوض (إلى مكان الموهوب له إكراما) ليس بقيد كما قاله السبكى ، وإنما ذكر لأنه يلزم غالبا من النقل إلى ذلك ، وقد يقال كما قاله الزركشى احترز به عن الرشوة (فهدية) أيضا فلا دخل لها فيما لاينقل ، ولا يعارضه صحة نذر إهدائه لأن المهدى اصطلاحا غير الهدية وإن زعم بعضهم ترادفهما (وشرط الهبة) بمعنى مالا بد منه فى تحقق وجودها فى الخارج فيشمل الركن كما هنا ، وركنها الثانى العاقدان ، والثالث الموهوب (إيجاب) كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك وكذا أطعمتك ولو فى غير طعام كما نص عليه (وقبول) كقبلت ورضيت واتهبت (لفظا) فى حق الناطق وإشارة الأخرس فى حقه لأنها تمليك فى الحياة كالبيع ولهذا انعقدت بالكناية مع النية ككلك كذا وكسوتك هذا وبالمعاطاة على

النذر والكفارة ، ومما يدل على أن المستحقين ملكوا أنه بحولان الحول لايجوز للمالك بيع قدر الزكاة ، وأنه لو نقص النصاب بسببه لايجب على المالك زكاة فيما بعد العام الأول وإن مضى على ذلك أعوام (قوله وهى أفضل الثلاثة) وظاهره وإن كانت لغنى بقصد ثواب الآخرة ، إلا أن يقال : التفضيل للماهية لايقتضى التفضيل لكل فرد من أفرادها على غيره (قوله إذا اجتمع النقل والقصد) أى أو النقل والاحتياج (قوله إكراما) ينبغى أن الدفع بلا نقل لكن بقصد الإكرام هدية اهـ سم على حج . وعليه فهدية العقار ممكنة لكن فى حاشية شيخنا الزيادى عن حج امتناع هدية العقار لعدم تأتى النقل فيه ، وهو مناف لهذا البحث ولقول الشارح ولا يعارضه الخ (قوله لأنه) أى الإكرام ، وقوله إلى ذلك : أى مكان الموهوب له ، وقوله الرشوة مثلث الراء ، وزاد حج أو لخوف الهجو مثلا (قوله فهدية أيضا) أى كما أنه هبة بالمعنى الأعم بقى مالو ملك غنيا بلا قصد ثواب الآخرة خارجا عن الصدقة ومعلوم أنه خارج عن الآخرين كما يعلم من تفسيرهما ، ولا يظهر دخوله فى غير الثلاثة فيشكل الحال ، إلا أن يقال : هى هبة باطلة لعدم الصيغة ، ثم رأيت فى شرح الروض ويلزمهم : أى السبكى والزركشى وغيرهما أنه لو ملك غنيا من غير قصد ثواب الآخرة لا يكون صدقة وهو ظاهر اهـ سم على حج : أى فيكون هبة باطلة كما قدمه إن خلا عن الصيغة وصحيحه إن اشتمل عليها (قوله فيما لاينقل) أى كالعقار ، وقوله صحة نذر إهدائه : أى مالا ينقل (قوله فيشمل الركن كما هنا) أى الذى هو الصيغة وهو ركنها الأول ، وقوله وركنها هو بالرفع مبتدأ خبره العاقدان والجملة عطف على وهو ركنها الأول الذى قدرناه (قوله ومنحتك) بالتخفيف ، وقوله نحلتك بالتخفيف أيضا : أى هذا أو نحوه فى الجميع (قوله لأنها تمليك فى الحياة) يؤخذ منه امتناع الهبة للحمل وهو ظاهر لأنه لايمكن تملكه ولا تمليك الولى له لعدم تحققه (قوله ولهذا انعقدت بالكناية) هذا يشعر بأن ماتقدم كله صريح ، وعليه فقد يشكل الفرق بين أطعمتك وكسوتك بل بين نحو لك هذا وكسوتك وبين عظمتك أو أكرمتك فليتأمل ، وقد يقال : إن تلك الصيغ اشتهرت فيما بينهم فى الهبة فكانت صريحة بخلاف هاتين الصيغتين (قوله كلك كذا)ومنه ما اشتهر من قولهم فى الإعطاء بلاعوض جبا فيكون هبة حيث نواها به (قوله وكسوتك هذا) ظاهره

عليه نحو البيع لأمر عرضى هو كونه من الأضحية الممتنع فيه ذلك انتهت ، ولا بد من هذه الزيادة المذكورة فيها فى عبارة الشارح إذ هو محط الجواب كما لايخفى (قوله نعم إيهامه أنه إذا اجتمع الخ) أى الذى ذكر المعترض أيضا

القول بها ، واشترط هنا فى الأركان الثلاثة جميع مامر فيها ، ومنه أن يكون القبول مطابقا للإيجاب خلافا لمن زعم عدم اشتراطها هنا ، ومنه أيضا اعتبار الفور فى الصيغة وأنه لايضر الفصل إلا بأجنبى ، والأوجه كما رجحه الأذرعى اغتفار قوله بعد وهبتك وسلطتك على قبضه فلا يكون فاصلا مضرا لتعلقه بالعقد . نعم فى الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول نظر . وقياس مامر فى مزج الرهن الاكتفاء به ، وقد لاتشترط صيغة كما لو كانت ضمنية كأعتق عبدك عنى فأعتقه وإن لم يكن مجانا ، وما قاله القفال وأقره جمع من أنه لو زين ولده الصغير بحلى كان تمليكا له بخلاف زوجته فإنه قادر على تمليكه بتولى الطرفين مردون بأن كلامهما يخالفه حيث اشترطا فى هبة الأصل تولى الطرفين بإيجاب وقبول وهبة ولىّ غيره : أى غير الأصل قبولها من الحاكم أو نائبه . ونقل جمع أيضا عن العبادى وأقروه أنه لو غرس أشجارا وقال عند الغرس أغرسها لابنى مثلا لم يكن إقرارا ، بخلاف ما لو قال لعين فى يده اشتريتها لابنى أو لفلان الأجنبى فإنه يكون إقرارا ، ولو قال جعلت هذا لابنى لم يملكه إلا أن قبل وقبض له اهـ . والفرق بأن الحلىّ صار فى يد الصبى دون الغرس غير كاف لأن صيرورته فى يده بدون لفظ مملك لايفيد شيئا ، على أن كون هذه الصيرورة مفيدة للملك هو محل النزاع ، فلا فرق لاسيما وقد قال الأذرعى إنه لايتمشى على المذهب ، وضعف السبكى وغيره قول الخوارزمى وغيره أن إلباس الأب الصغير حليا يملكه إياه ، وقد نقل آخرون عن

ولو فى غير الثياب ويكون بمعنى نحلتك (قوله ومنه أن يكون الخ) أى ومنه الرؤية فالأعمى لاتصح هبته ولا الهبة إليه بالمعنى الأخص ، وأن حكمه حكم بيع الأعيان وهو ممتنع عليه ، بخلاف صدقته وإهدائه فيصح لإطباق الناس على ذلك وهو الوجه الذى لاينبغى خلافه انتهى . كذا بهامش وهو قريب ، ويصرح باشتراط الرؤية فى الواهب والمتهب قول المحلى وفيها كأصلها أمر العاقدين واضح : أى من البيع وغيره : أى فطريق الأعمى إذا أراد ذلك التوكيل (قوله مطابقا للإيجاب) نقل سم على حج عن الشارح اعتماد عدم اشتراط مطابقة القبول للإيجاب وعبارته فى حاشية المنهج نصها : ثم قال : أى فى شرح الروض ماحاصله : وهو يصح قبول بعض الموهوب أو قبول أحد الشخصين أو نصف ماوهب لهما وجهان انتهى .قال مر: المعتمد الصحة فيهما (قوله نعم فى الاكتفاء بالإذن) أى من الواهب كأن يقول وهبتك هذا وأذنت لك فى قبضه فيقول المتهب قبلت ، وقوله وقياس مامرّ الخ معتمد (قوله وقد لاتشترط صيغة) أى التصريح بها وإلا فهى معتبرة تقديرا كما قاله المحلى فى أوّل البيع (قوله فإنه قادر على تمليكه) يؤخذ منه أن غير الأب والجد إذا دفع إلى غيره شيئا كخادمه وبنت زوجته لايصير ملكا له بل لابد من إيجاب وقبول من الخادم إن تأهل للقبول أو وليه إن لم يتأهل فليتنبه له فإنه يقع كثيرا بمصرنا . نعم إن دفع ذلك لمن ذكر لاحتياجه له أو قصد ثواب الآخرة كان صدقة فلا يحتاج إلى إيجاب ولا قبول ولا يعلم ذلك إلا منه ، وقد تدل القرائن الظاهرة على شىء فيعمل به (قوله بإيجاب وقبول) أى فلا فرق بين الزوجة والولد وغيرهما فى أن التديين لايكون تمليكا (قوله لم يكن إقرارا) أى ولا يكون تمليكا للإبن أخذا مما يأتى فى قوله والفرق الخ (قوله فإنه يكون إقرارا) أى وذلك لاحتمال أن يكون الأجنبى وكله مثلا فى شرائها له ومثله ولده الرشيد ، وأن يكون تملكها لغير الرشيد من مال نفسه أو مال المحجور عليه (قوله لم يملكه) أى الابن وينبغى أن

كما يعلم من التحفة خلاف مايوهمه كلام الشارح (قوله واشترط هنا) أى ولهذا اشترط هنا الخ (قوله وهبة ولىّ غيره قبولها) أى وحيث اشترط فى هبة ولىّ غير الأصل قبول الهبة من الحاكم أو نائبه فهبة مجرور وولىّ منون وغيره

القفال نفسه أنه لوجهز ابنته بأمتعة من غير تمليك صدق بيمينه فى عدم تمليكها ذلك إن ادعته ، وهو صريح فى رد ماسبق عنه ، وأفتى القاضى فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتى فهو ملك لها وإلا فهو عارية ويصدق بيمينه ، وكخلع الملوك لاعتياد عدم اللفظ فيها كما بحثه بعض المتأخرين ولا قبول كهبة النوبة لضرتها (ولا يشترطان) أى الإيجاب والقبول فى الصدقة بل يكفى الإعطاء والأخذ ولا (فى الهدية) وإن لم يكن مأكولا (على الصحيح بل يكفى البعث من هذا) ويكون كالإيجاب (والقبض من ذاك) ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابة مع النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ، ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه تصرف الملاك فسقط مايتوهم منه أنه كان إباحة . والثانى يشترطان كالهبة ، ويشترط فى الواهب كونه أهلا للتبرع وفى المتهب أهلية الملك فلا تصح

يكون كناية كما فى البيع (قوله وهو صريح الخ) قد تمنع الصراحة بحمل كلامه فى البنت على الرشيدة وهو غير قادر على تمليكها ، بخلاف الصغيرة على مامر له ، وقد يفهم التقييد بالرشيدة من قوله إن ادعته (قوله فيمن بعث بنته) أى سواء كان الباعث رجلا أو امرأة (قوله وجهازها) بفتح الجيم وكسرها لغة قليلة مصباح (قوله فهو ملك لها) أى يكون ماذكره إقرارا (قوله وإلا فهو عارية) كذلك يكون عارية فيما يظهر إذا قال جهزت ابنتى بهذا إذ ليس هذا صيغة إقرار بملك مر اه سم على حج . والفرق بين هذه ومسئلة القاضى أن الإضافة إلى من يملك تقتضى الملك فكان ماذكره فى مسئلة القاضى إقرارا بالملك بخلاف ما هنا (قوله ويصدق بيمينه) أى إذا نوزع فى أنه ملكها بهبة أو غيرها (قوله وكخلع) عطف على قوله السابق كما لو كانت ضمنية (قوله ولا قبول) عطف على قوله وقد لايشترط صيغة (قوله والقبض من ذاك) هل يكفى الوضع بين يديه كما فى البيع ، ثم رأيت فى تجريد المزجد مانصه : فى فتاوى البغوى يحصل ملك الهبة بوضع المهدى بين يديه إذا أعلمه به ولو أهدى إلى صبى ووضعه بين يديه وأخذه الصبى لايملكه انتهى وهو يفيد ملك البائع بالوضع بين يديه وقد جعلوا ذلك قبضا فى البيع . وعبارة العباب : وتملك الهدية بوضعها بين يدى المهدى إليه البالغ لا الصبى وإن أخذها اه . بقى مالو أتلفها الصبى ، والحال ما ذكر فهل يضمنها ، وينبغى عدم الضمان لأنه سلطه عليها بإهدائها له ووضعها بين يديه كما يؤخذ مما سيأتى فى الوديعة أنه لو باع الصبى شيئا وسلم له فأتلفه لم يضمنه لأنه سلطه عليه ، والهبة كالبيع كما هو ظاهر والوضع بين يديه إقباض كما تقرر اه سم على حج . وقضية التعبير بالبالغ أنه يكفى القبول من السفيه ولا يتوقف على قبول وليه ولا قبضه ، وهو غير مراد (قوله أنه كان إباحة) أى دفع بعض الصحابة لبعض شيئا (قوله وفى المتهب أهلية الملك) أى التملك ، فلا يقال هذا قد يفهم منه أنه لايشترط فى المتهب الرشد بل يقتضى صحة قبول الهبة من الطفل ، وفى حاشية سم على حج : فرع : سئل شيخنا الشهاب الرملى عن شخص بالغ تصدق على ولد مميز بصدقة ووقعت الصدقة فى يده من المتصدق فهل يملكها المتصدق عليه بوقوعها فى يده كما لو احتطب أو احتش أو نحو ذلك أم لايملكها لأن القبض غير صحيح ، وقد قالوا فى نثار الوليمة أنه لو أخذه آخذ ملكه ، وهل

مجرور بدل منه وقبولها منصوب مفعول ومن الحاكم متعلق به (قوله وهو صريح فى رد ماسبق عنه) فيه نظر إذ ذاك فى الطفل كما مر ، بخلاف ماهنا فإنه فى البالغة كما يرشد إليه قوله إن ادعته ، نعم إن كانت البنت صغيرة أتى فيها مامر فى الطفل كما لايخفى (قوله وكخلع الملوك) عطف على قوله كما لو كانت ضمنية

هبة ولىّ ولا مكاتب لم يأذن له سيده فى ذلك ، ولا تصح الهبة بأنواعها مع شرط مفسد كأن لايزيل ملكه عنه ، ولا مؤقتة ولا معلقة إلا فى مسائل العمرى والرقبى كما قال (ولو قال أعمرتك هذه الدار) أو هذا الحيوان مثلا أى جعلتها لك عمرك (فإذا دمتّ فهى لورثتك) أو لعقبك (فهى) أى الصيغة المذكورة (هبة) أى صيغة هبة طوّل فيها العبارة فيعتبر فيها القبول وتلزم بالقبض وتكون لورثته ولا تختص بعقبه إلغاء لظاهر لفظه عملا بالخبر الآتى ، ولا تعود للواهب بحال لخبر مسلم « أيما رجل أعمر عمرى فإنها للذى أعطيها لاترجع إلى الذى أعطاها » وظاهر عبارة المصنف كغيره عدم الفرق فى هذه الألفاظ بين العالم بمعناها والجاهل به ، واستشكله الأذرعى قال : وفى الروضة فى الكتابة عن المروزى أن قريب الإسلام وجاهل الأحكام لايصح تدبيره بلفظه حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ اهـ . والأقرب أخذا من قولهم فى الطلاق لابد من قصد اللفظ لمعناه أنه لابد من معرفة اللفظ ولم يوجد حتى يقصده . نعم من أتى بلفظ صريح وادعى جهله بمعناه لم يصدق إلا أن دلت قرينة حاله على ذلك لعدم مخالطته

نثار الوليمة يكون ناثره معرضا عنه إعراضا خاصا حتى يكون له الرجوع فيما أعطاه للصبى ، والحال أن الصدقة صدقة تطوّع أم لا ؟ فأجاب بأنه لايملك الصبى ما تصدق به عليه إلا بقبض وليه ، والفرق بينه وبين ملكه للنثار واضح .

[فرع] سئل عن رقيق تصدّق عليه شخص بصدقة كثوب أودراهم وشرط المتصدق انتفاعه بها دون سيده هل يصح التصدق ؟ فإن قلتم نعم فهل تجب مراعاة هذا الشرط حتى يمتنع على سيده أخذها منه ويجب صرفها على الرقيق ؟ وإن قلتم لايصح فهل لذلك حكم الإباحة حتى يجوز للعبد أن يلبس الثوب وينتفع بالدراهم ويمتنع ذلك على السيد ؟ فأجاب بأنه إن قصد المتصدّق نفس الرقيق بطلت وإلا لم تكن إباحة أو السيد أو أطلق صحت ، ويجب مراعاة ذلك الشرط كما لو أوصى لدابة بشىء وقصد صرفه فى علفها ولا يؤثر فيها شرط انتفاعه بها دون سيده لأن كفايته على سيده فهو المقصود بالصدقة اهـ . أقول : وقد يقال ماذكر من الصحة مع الشرط المذكور مشكل على ماسنذكره عن حج من أنه لو أعطاه دراهم بشرط أن يشترى بها عمامة لم يصح ، وقول مر فى جوابه عن السؤال الأول : لايملك الصبى ماتصدق به عليه . أقول : وعلى عدم الملك فهل يحرم الدفع له كما يحرم تعاطى العقد الفاسد معه أم لا لانتفاء العقد المذكور ؟ فيه نظر ، والأقرب عدم الحرمة ، ويحمل ذلك من البالغ على الإباحة كتقديم الطعام للضيف فيثاب عليه فللمبيح الرجوع فيه مادام باقيا ، هذا ومحل الجواز حيث لم تدل قرينة على عدم رضا الولىّ بالدفع لهم ، سيما إن كان ذلك يعوّدهم على دناءة النفس والرذالة فيحرم الإعطاء لهم لا لعدم الملك بل لما يترتب عليه من المفسدة الظاهرة (قوله لايزيل ملكه) وكشرط أن يشترى به كذا كما صرح به حج ، بخلاف مالو دفعه ليشترى به ذلك من غير تصريح بالشرط فإنه يصح ويجب عليه شراء ماقصده الدافع . قال شيخنا الزيادى : ومثل ذلك ما لوقال خذه واشتر به كذا ، فإن دلت القرينة على قصد ذلك حقيقة أو أطلق وجب شراؤه به ، ولو مات قبل صرفه فى ذلك انتقل لورثته ملكا مطلقا ، وإن قصد التبسط المعتاد صرفه كيف شاء (قوله إلا فى مسائل العمرى) أى ولو بغير لفظها لما يأتى عن السبكى كوهبتك هذه عمرك (قوله ولا تختص بعقبه) أى بل تشمل جميع الورثة كالأعمام والإخوة (قوله أيما رجل) بالجرّ والرفع والأوّل واضح والثانى بدل من أىّ وما زائدة لتوكيد الشرط اهـ شرح الإعلام لشيخ الإسلام (قوله أو زيادة لفظ) يدل على أنه أراد إعتاقه بعد الموت (قوله لابد من معرفة اللفظ)

(قوله ولم يوجد) كذا فى نسخ الشارح ، وعبارة التحفة : ولو بوجه ، ولعل عبارة الشارح محرفة عنها من الكتبة وإن أمكن تصحيحها

لمن يعرف كما صرح به الأذرعى (ولو اقتصر على أعمرتك) كذا ولم يتعرض لما بعد موته (فكذا) هو هبة (فى الجديد) لخبر الشيخين « العمرى ميراث لأهلها » وجعلها له مدة حياته لاينافى انتقالها لورثته فإن الأملاك كلها مقدّرة بحياة المالك ، وكأنهم إنما لم يأخذوا بقول جابر رضى الله عنه : إنما العمرى التى أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هى لك ولعقبك ، فإذا قال هى لك ماعشت فإنها ترجع إلى صاحبها لأنه قال بحسب اجتهاده ، والقديم بطلانه كما لو قال أعمرتك سنة (ولو قال) أعمرتك هذه أو جعلتها لك عمرك ، وألحق به السبكى وهبتك هذه عمرك (فإذا متّ عادت إلىّ) أو إلى ورثتى إن كنت مت (فكذا) هو هبة (فى الأصح) إلغاء للشرط الفاسد وإن ظن لزومه لإطلاق الأخبار الصحيحة ولهذا عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة ، إذ ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط المنافى لمقتضاه إلا هذا . والثانى يبطل العقد لفساد الشرط ، وخرج بعمرك عمرى أو عمر زيد فيبطل لأنه تأقيت إذ قد يموت هذا أو الأجنبى أولا (ولو قال أرقبتك) هذه من الرقوب لأن كل واحد يرقب موت صاحبه (أو جعلتها لك رقبى) واقتصر على ذلك أو ضم إليه مابعد أى التفسيرية فى قوله (أى إن متّ قبلى عادت إلىّ وإن متّ قبلك استقرت لك فالمذهب طرد القولين القديم والجديد) فعلى الجديد الأصح يصح ويلغو الشرط الفاسد فيشترط قبولها والقبض ، وذلك لخبر أبى داود والنسائى « لاتعمروا ولا ترقبوا ، فمن أرقب شيئا أو أعمره فهو لورثته » أى لاترقبوا ولا تعمروا طمعا فى أن يعود إليكم فإن سبيله الميراث ، ومقابل المذهب القطع بالبطلان (وما جاز بيعه) من الأعيان (جاز) لم يؤنثه ليشاكل ماقبله لأن تأنيثه غير حقيقى (هبته) بالأولى لأنها أوسع . أما المنافع فيصح بيعها بالإجارة . وفى هبتها وجهان : أحدهما أنها ليست بتمليك بناء على أن ماوهبت منافعه عارية ، وقضية كلامهما على ماقاله الأسنوى ترجيحه ، وبه جزم الماوردى وغيره ورجحه الزركشى . ثانيهما أنها تمليك بناء على أن ما وهبت منافعه أمانة ، ورجحه جمع . منهم ابن الرفعة والسبكى والبلقينى ، وأفتى به الوالد رحمه الله ، وعليه فلا يلزم إلا بالقبض وهو بالاستيفاء لا بقبض العين ، وفارقت الإجارة بالاحتياج فيها لتقرر الأجرة والتصرف فى المنفعة . لا يقال يلزم على ماتقرر أنها على الوجهين لاتلزم بقبض الدار اتحادهما وأن الخلاف إنما هو فى التسمية لا فى الحكم وهو اللزوم وعدمه لأنها لاتلزم على كل من الوجهين لأنا نمنع لزوم اتحادهما ، بل للخلاف فوائد : منها أن الدار تكون مضمونة على المتهب على الأول بخلافها على الثانى ، ومن ثم قال البلقينى : فائدة كونها عارية أنها لو انهدمت ضمنها المتهب ، بخلاف ما إذا قلنا بأنها غير عارية ،

أى فلا يكون ظاهرا عبارة المصنف مرادا (قوله إنما العمرى) أى التى يقتضى لفظها أن يكون هبة (قوله ولهذا عدلوا به) أى بهذا الشرط (قوله إلا هذا) أى العمرى والرقبى ، وعلى هذا فكل ماقيل فيه يصح العقد ويلغو الشرط يجب فرضه فيما لايكون الشرط فيه منافيا للعقد (قوله وخرج بعمرك) أى المذكور فى قوله السابق : أى جعلتها لك عمرك (قوله يرقب) بابه دخل اهـ مختار (قوله أى لاترقبوا) منه يعلم أن أرقب وأعمر مبنيان لما لم يسمّ فاعله ، وأصرح منه فى ذلك مامر من قوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل أعمر عمرى فإنها للذى أعطيها لاترجع للذى أعطاها » (قوله وهو بالاستيفاء) يؤخذ منه أنه لايؤجر ولا يعير اهـ سم على حج . أقول : ويؤخذ منه أيضا أن للمالك الرجوع متى شاء لعدم قبض المنفعة قبل استيفائها (قوله وفارقت الإجارة) أى حيث عدّ فيها قبض المنفعة له بقبض العين حتى يجوز التصرف فيها بالإجارة وغيرها (قوله على الأول) أى على أنها لاتملك ، وقوله

(قوله وجعلها له مدة حياته) أى الذى تضمنه قوله أعمرتك

ولا تصح هبة مافى الذمة بخلاف بيعه فوهبتك ألف درهم مثلا فى ذمتى غير صحيح وإن عينه فى المجلس وقبضه ، والمريض يصح بيعه لوارثه بثمن المثل لاهبته بل يكون وصية ، والولىّ والمكاتب يجوز بيعهما لاهبتهما ، والمرهونة إذا أعتقها معسرا واستولدها يجوز بيعها للضرورة لاهبتها ولو من المرتهن ، والأوجه عدم استثناء شيء من ذلك لأن المانع من الهبة أمر خارجى فى العاقد وطرأ فى المعقود عليه فلا إيراد ، كما لا يرد أيضا مالو أعطى لبن شاة مجعولة أضحية أو صوفها لآخر أو ترك له حق التحجر أو أعطاه جلد ميتة قبل الدباغ أو دهنا نجسا للاستصباح به أو تركت إحدى الضرتين نوبتها للأخرى أو أعطى الطعام المغنوم فى دار الحرب لمثله ، فإن ذلك ليس فيه هبة تمليك وإنما هو نقل يد أو حق إلى غيره من غير تمليك ، ومن سماها هبة أراد أنه على صورتها ، والثمر ونحوه قبل بدوّ صلاحه تصح هبته من غير شرط قطع وهبة أرض مع بذر أو زرع لايفرد بالبيع ، صحيحة فى الأرض لانتفاء المبطل للبيع فيهما من الجهل بما يخصهما من الثمن عند التوزيع ، فالقول بأن ذلك وارد على الضابط لجواز هبته دون بيعه مردود (ومالا) يجوز بيعه (كمجهول ومغصوب) لمن لا يقدر على انتزاعه (وضال) وآبق (فلا) يجوز هبته بجامع أن

على الثانى أى إنها تمليك (قوله ولا تصح هبة ما فى الذمة) نبه به على أن هذا وما بعده مستثنى من قول المصنف وما جاز بيعه (قوله وإن عينه فى المجلس) تقدم له فى القرض صحة مثل هذا ، وعليه فلعل الفرق بين القرض والهبة أن القرض لوجوب رد العوض فيه شبيه بالبيع . وهو لما فى الذمة جائز بخلاف الهبة لما يأتى فى قوله : ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته الخ (قوله لاهبتهما) أى لأنهما محجور عليهما وهذا تقدم فى قول الشارح ويشترط فى الواهب الخ (قوله لا هبتها) فى عدم صحة هبة المرهونة من المعسر للمرتهن نظر لأن العتق إنما امتنع من المعسر لما فيه من التفويت على المرتهن بغير إذنه وقبوله للهبة متضمن لرضاه بها ؛ فلعل مراده بعدم صحة هبة المرهونة إذا كانت لغير المرتهن ، وهذا بناء على أن المراد هبة المرهونة من المعسر الذى لم يسبق لها إعتاق من الراهن ، والكلام فيما لو سبق منه إعتاق أو إيلاد ، وعليه فعدم صحة الهبة ظاهر لأنه يفوّت حق الإعتاق الذى تعلق بالمرهون ، وفى حج : فرع : أعطى آخر دراهم يشترى بها عمامة مثلا ولم تدل قرينة حاله على أن قصده مجرد التبسط المعتاد لزمه شراء ماذكر وإن ملكه لأن ملكه مقيد بصرفه فيم عينه المعطى ، ولو مات قبل صرفه فى ذلك انتقل لورثته ملكا مطلقا كما هو ظاهر لزوال التقييد بموته ، كما لو ماتت الدابة الموصى بعلفها قبل الصرف فيه فإنه يتصرف فيه مالكها كيف شاء ولا يعود لورثة الموصى ، أوبشرط أنه يشترى بها ذلك بطل الإعطاء من أصله لأن الشرط صريح فى المناقضة لايقبل تأويلا بخلاف غيره اهـ (قوله أمر خارجى) انظر ماهو فيما لو وهب شيئا فى الذمة حيث قلنا ببطلانه (قوله لمثله) أى بأن كان من الغانمين (قوله ونحوه) كالزرع الأخضر قبل بدو صلاحه (قوله من غير شرط قطع) أى ويحصل القبض فيه بالتخلية ويكلف المتهب قطعه حالا حيث طلبه الواهب وإن لم يكن منتفعا به ولا يجبر الواهب على إبقائه بالأجرة (قوله لايفرد بالبيع) كالقمح فى سنبله لكنه يشكل بالزرع قبل بدوّ الصلاح ، فإنه إذا وهب مع الأرض جاز وإن لم يشترط قطعه على ما أفهمه قوله قبل : والثمر ونحوه الخ (قوله صحيحة فى الأرض) أى دون البذر والزرع (قوله مردود) أى لأن بطلان البيع لمانع وهو ماذكر من الجهل بما يخص

(قوله ولو من المرتهن) أى لما فيه من إبطال حق العتق ، وإنما جاز البيع وإن تضمن ذلك لتعينه طريقا لوفاء الحق الذى تعلق برقبتها (قوله لأن المانع من الهبة أمر خارجى) انظرما وجهه فى الأولى (قوله كما لايرد أيضا) أى على قوله الآتى ومالا فلا

كلا منهما تمليك فى الحياة ولا ينافيه خبر « زن وأرجح » لأن الرجحان المجهول وقع تابعا لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذرا من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه فى المال الذى جاء من البحرين « خذ منه » الحديث ، لأن الظاهر أن ماذكر فى المجهول إنما هو بالمعنى الأخص ، بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر أنه صدقة لا هبة لكونه من جملة المستحقين (إلا حبتى الحنطة ونحوها) من المحقرات فإنه يمتنع بيعها لا هبتها اتفاقا كما فى الدقائق ، فبحث الرافعى عدم صحة هبتها مردود وإن سبقه إليه الإمام لانتفاء المحذور فى تصدق الإنسان بالمحقر كما ورد فى الخبر ، وإلا فى مال وقف بين جمع للجهل بمستحقه فيجوز الصلح بينهم على تساو أو تفاوت للضرورة : قال الإمام : ولا بد أن يجرى بينهم تواهب ، ولبعضهم إخراج نفسه من البين ، لكن إن وهب لهم حصته جاز على ما قاله الإمام أيضا ، بخلاف إعراض الغانم : أى لأنه لم يملك ، ولا على احتمال بخلاف هذا . ولولى محجور عليه الصلح له بشرط أن لاينقص عما بيده كما يعلم مما يأتى قبيل خيار النكاح ، وإلا فيما لو خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة . وإلا فيما لو قال لغيره أنت فى حل مما تأخذ أو تعطي أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة

الأرض من الثمن وهو منتف هنا (قوله ولا ينافيه) أى عدم صحة هبة المجهول (قوله إنما هو بالمعنى الأخص) أى وهو الهبة المتوقفة على إيجاب وقبول (قوله الظاهر أنه صدقة) قد يمنع كونه صدقة إذ هو مال لبيت المال وتصرفه صلى الله عليه وسلم فيه كتصرف الإمام فى بيت المال ، ولو كان ملكا له صلى الله عليه وسلم وكان إعطاؤه تصدقا منه نافاه التعليل بقوله لكونه من جملة المستحقين ، وعبارة حج بعد قوله لا هبة نصها : وإلا فهو لكونه من جملة المستحقين الخ وحاصله أنا إذا قلنا إن مايأتى له من الأموال ملكه صلى الله عليه وسلم فدفعه للعباس صدقه ، وإن قلنا لايملكه فما يأتى من الأموال حق بيت المال والعباس من جملة المستحقين له وللإمام أن يفاضل بينهم فى الإعطاء بحسب مايراه (قوله ونحوها) بالجر عطف على الحنطة (قوله عدم صحة هبتها) أى نحو الحبتين ، وأفرد الضمير نظرا لما صدق عليه النحو من جميع جزئياته (قوله جاز) الأولى إسقاطها كما فى حج لأن هذا شرط لصحة إخراجه من البين (قوله ولولى محجور عليه الصلح) عن المال الموقوف بينه وبين غيره ، وقوله عما بيده ينزل معناه فإن المال قد لايكون فى يده منه شىء (قوله وإلا فيما لو قال الخ) كان الأولى ذكره بغير صورة الاستثناء كأن يقول ولو قال أنت فى حل مما الخ ، إلا أن يقال : هو بالنظر لما يأكله هبة صورة (قوله فله الأكل) قال سم على حج : ماقدره . أقول : ينبغى أن يأكل قدر كفايته وإن جاوز العادة حيث علم المالك بحاله ، وإلا امتنع

(قوله وإعطاء العباس الظاهر أنه صدقة الخ) عبارة التحفة : وإعطاء العباس الظاهر أنه صدقة لا هبة وإلا فهو لكونه من جملة المستحقين وللمعطى أن يفاوت بينهم انتهت . فقوله وإلا : أى وإن لايكن صدقة . وحاصل كلامه أنه إما صدقة إن كان المال له صلى الله عليه وسلم وإما بطريق استحقاقه من بيت المال إن كان المال لبيت المال ، وأما قول الشارح لكونه الخ فلا يصح تعليلا لكونه صدقة لمنافاته إياه (قوله ولولى محجور الصلح) أن فيما هو موقوف بينه وبين غيره للجهل بحصته منه (قوله بشرط أن لاينقص عما بيده) حاصل هذا الشرط أن المحجور تارة يكون بيده شىء من ذلك الموقوف وتارة لا ، فإن كان بيده شىء منه فشرط الصلح أن لاينقصه عنه لأن اليد دليل الملك ، ولا يجوز للولى التبرع بملك المحجور ، وإن لم يكن فى يده منه شىء جاز الصلح بلا شرط لانتفاء ذلك المحذور فلا توقف فيه خلافا لما فى حاشية الشيخ (قوله لأنه إباحة) تعليل لأصل حل الأكل لا لامتناع غيره

وهي صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء . قاله العبادى . قال : وفى خذ من عنب كرمى ماشئت لايزيد على عنقود لأنه أقل مايقع عليه الاسم ، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبنى عليه حق الغير أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال فى أبحت لك من ثمار بستانى ماشئت بأنه إباحة ، وظاهره أن له أخذ ماشاء، وما قاله العبادى أحوط . و وفى الأنوار لو قال أبحت لك ما فى دارى أو ما فى كرمى من العنب فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره ، وتقتصر الإباحة على الموجود : أى عندها فى الدار أو الكرم ، ولو قال أبحت لك جميع ما فى دارى أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيح الجميع لم تحصل الإباحة اهـ . وبعض ماذكره فى فتاوى البغوى وقوله ويقتصر إلى آخره موافق لكلام القفال لا العبادى ، وما ذكره آخرا غير مناف مامرّ من صحة الإباحة بالمجهول لأن هذا فى مجهول من كل وجه بخلاف ذاك ، والأوجه كما جزم به بعضهم عدم ارتداد الإباحة بالردّ (وهبة الدين) المستقرّ (للمدين) أو التصدّق به عليه (إبراء) فلا يحتاج إلى قبول نظرا للمعنى وهذا صريح فيه خلافا لما فى الذخائر من أنه كناية . نعم ترك الدين للمدين كناية إبراء (و) هبته (لغيره) أى المدين (باطلة فى الأصح) لأنه غير مقدور على تسليمه لأن مايقبض من المدين عين لا دين . وظاهر كلام جماعة واعتمده الوالد رحمه الله تعالى بطلان ذلك ، وإن قلنا بما مر من صحة بيعه لغير من هو عليه بشروطه السابقة وهو كذلك ، ويؤيده مامر من صحة بيع الموصوف دون هبته والدين مثله بل أولى . ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما فى الذمة التزام لتحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه ، والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لاتتضمن الالتزام، إذ لامقابل فيها فكانت بالوعد أشبه فلم يصح*، وبتأمل هذا يندفع ما فى شرح المنهج والإسعاد وغيرهما من تخريج هذا على ذاك والحكم بصحة هبته بالأولى إن قلنا بصحة بيعه . ولا يصح تمليك مستحق دينا عليه أو على غيره عن الزكاة لأن ذلك فيما عليه إبدال وفيما على غيره تمليك ، وهو لايجوز أيضا كما يأتى ، ومقابل الأصح أنها صحيحة ، ونقل عن نص الإمام وصححه جمع : ولو تبرّع موقوف عليه بحصته من الأجرة لآخر لم يصح لأنها قبل قبضها إما غير مملوكة أو مجهولة ، فإن قبض هو

أكل ما زاد على مايعتاد مثله غالبا لمثله (قوله لايزيد على عنقود) أى إلا بقرينة اهـ سم على حج . وكتب أيضا قوله على عنقود : أى للأكل بدليل ماقبله وما يأتى عن الأنوار وهل نظير العنقود فيما لو قال خذ من ثمن نخلى ماشئت العرجون اهـ . أقول : الظاهر الفرق ، ويفرق بينه وبين العرجون بكثرة ما يحمله العرجون ، وحينئذ فيقتصر على ما يغلب على الظن مسامحة مالكه به (قوله وما قاله العبادى) أى من أنه لايزيد على عنقود (قوله لم تحصل الإباحة) أى فيمتنع عليه أخذ شىء مما لم يعلمه المبيح (قوله لا العبادى) قد يقال ما هنا لايخالف كلام العبادى أيضا لأن من فى مسئلة العبادى تمنع من الاستيعاب فعمل معها بالاحتياط ، بخلاف مسئلتنا فإن ما المعبر بها فيها من صيغ العموم فتصدق بالجميع (قوله المستقرّ) المراد به مايصح الاعتياض عنه ليخرج نحو نجوم الكتابة ، كذا وجد بخط بعض الفضلاء . أقول : والظاهر أن التقييد بالمستقرّ لما ذكره من الخلاف فى هبة الدين لغير من هو عليه ، بخلاف غير المستقرّ فإنه لاتصح هبته لغير من هو عليه قطعا ، وإلا فنجوم الكتابة يصح الإبراء منها فينبغى صحة هبتها للمكاتب (قوله نعم ترك الدين) كأن يقول تركته لك أو لا آخذه منك ، فلا يكون عدم طلبه له كناية فى الإبراء لانتفاء ما يدل عليه (قوله من صحة بيعه) أى على الراجح (قوله عن الزكاة) أى فطريقه أن يدفعه إليه ثم يسترده منه (قوله لأن ذلك) توجيه لعدم الصحة (قوله لم يصح) ومثله مالك دار أو شقص منها تبرّع

(قوله لايزيدعلى عنقود) أى للأكل ، قاله الشهاب سم (قوله نعم ترك الدين) أى بلفظ الترك

أو وكيله منها شيئا قبل التبرّع وعرف حصته منها ورآه هو أو وكيله.وأذن له فى قبضه وقبضه صح وإلا فلا ، ولا يصح إذنه لجانى الوقف أنه إذا قبضه يعطيه للمتبرع عليه لأنه توكيل قبل الملك فى مجهول ، وإنما صح تبرّع أحد الورثة بحصته لأن محله فى أعيان رآها وعرف حصته منها (ولا يملك) فى غير الهبة الضمنية (موهوب) بالمعنى الأعم الشامل لجميع مامر ولو من أب لولده الصغير ، وما نقله ابن عبد البرّ من إجماع الفقهاء من الاكتفاء بالإشهاد هنا مراده به فقهاء مذهبه فيما يظهر (إلابقبض) كقبض المبيع فيما مر بتفصيله . نعم لايكفى هنا الإتلاف ولا الوضع بين يديه من غير إذن لأن قبضه غير مستحق كالوديعة فاشترط تحققه بخلاف المبيع ، والأوجه اعتبار ذلك فى الهدية خلافا لما بحثه بعضهم فيها وإن سومح فيها بعدم الصيغة للخبر الصحيح « أنه صلى الله عليه وسلم أهدى إلى النجاشى ثلاثين أوقية مسكا فمات قبل أن تصل إليه ، فقسمه صلى الله عليه وسلم بين نسائه » ويقاس بالهدية الباقى ، وقال به كثير من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف ، والهبة الفاسدة المقبوضة كالصحيحة فى عدم الضمان لا الملك وإنما يكون القبض معتدا به إذا كان بإقباض من الواهب أو (بإذن الواهب) أو وكيله فيه أو فيما يتضمنه كالإعتاق ولو كان بيد المتهب ، فلو قبضه بغير إذن ضمنه . ولو أذن له ورجع عن الإذن أو جنّ أو

لغيره بما يتحصل من أجرتها . وقضية قول الشارح لأنها قبل قبضها الخ أنها لو علمت قبل قبضها جاز التبرّع بها ، وعبارة سم على حج : أقول قد تقدم أن الموقوف عليه المعين يملك الأجرة والمنافع وقد تكون معلومة له ، حينئذ فالوجه أنها إن كانت فى يد الناظر وعلم هو قدر حصته منها صح التبرع بها . وإن كانت فى ذمة المستأجر لم يقبضها الناظر فهى مملوكة للموقوف عليه فيكون من قبيل الدين ، فإن تبرّع بحصته المعلومة له منها على المستأجر صح وكان ذلك إبراء ، أو على غيره لم يصح على الخلاف الآتى ، فيحمل قول الشارح لم يصح على غير ذلك ، ثم بحثت مع مر الموافق للشارح فيما قاله فوافق عليه فليتأمل (قوله لأنه توكيل) أى بعد معرفته وقوله قبل الملك على أنه فى مجهول اه حج . وقوله فى مجهول فلو قدر له ما يعطيه كأن قال للجانى ادفع مما يتحصل من الأجرة لفلان كذا فقضية كونه توكيلا فيما لم يملكه عدم الصحة وإن لم يكن مجهولا ، وينبغى أن الجانى لو دفع ما أذن فى دفعه المستحق صح وملكه الآخذ اكتفاء بعموم الإذن وإن بطل خصوص الوكالة . اللهم إلا أن يقال بفساد الإذن قبل الملك (قوله ابن عبد البرّ) هو مالكى (قوله نعم لا يكفى هنا الإتلاف) أى إلا إن كان الإتلاف بالأكل أو العتق وأذن فيه الواهب فيكون قبضا ويقدر انتقاله إليه قبيل الازدراد والعتق اه شيخنا زيادى . أقول : قياس ماهو المعتمد فى الضيافة من الملك بالوضع فى الفم أن يقدر انتقاله هنا قبيل الوضع فى الفم والتلفظ بالصيغة (قوله ولا الوضع بين يديه) تقدم بهامش قوله فى الهدية والقبض من ذلك عن التجريد وغيره مع نقله عن البغوى أنه يكفى الوضع بين يديه إذا أعلمه فلم يشترط الإذن بل الإعلام وهو متجه ، وقد يقال : الإعلام يقوم مقام الإذن اه سم على حج (قوله والأوجه اعتبار) أى القبض ، وقوله فمات : أى النجاشى (قوله قبل أن تصل إليه أى ثم ردت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمه صلى الله عليه وسلم (قوله أو جنّ) أى الواهب وقوله قبل القبض : أى قبل

(قوله والأوجه اعتبار ذلك فى الهدية الخ) عبارة التحفة : وبحث بعضهم الاكتفاء به : أى بالوضع بين يديه فى الهدية فيه نظر (قوله للخبر الصحيح) تعليل للمتن (قوله وقال به كثير من الصحابة الخ) أى فهو إجماع سكوتى وإنما احتاج لهذا بعد الخبر الصحيح لأن لقائل أن يقول : إن الهدية إنما تملك بأحد شيئين : القبض أو الوضع بين اليدين مثلا ولم يوجد واحد منهما فيه فتصرفه صلى الله عليه وسلم فى الهدية لانتفائهما (قوله بين نسائه) أى نسائه صلى الله عليه وسلم (قوله كالإعتاق) أى من المتهب (قوله ولو كان بيد المتهب) غاية فى المتن

أغمى عليه أو حجر عليه كما بحثه الزركشى أو مات أحدهما قبل القبض بطل الإذن ، ولو قبضه فقال الواهب رجعت عن الإذن قبله وقال المتهب بعده صدق المتهب لأن الأصل عدم الرجوع قبله ، خلافا لما استظهره الأذرعى من تصديق الواهب ، ولو أقبضه وقال قصدت به الإيداع أو العارية وأنكر المتهب صدق الواهب كما فى الاستقصاء ، ويكفى الإقرار بالقبض كأن قيل له وهبت من فلان كذا وأقبضته فقال نعم ، والإقرار والشهادة بمجرد الهبة لايستلزم القبض ، وليس للحاكم أن يسأل الشاهد عنه كما بحثه بعضهم لئلا يتنبه له . والهبة ذات الثواب بيع ، فإذا أقبض الثواب أو كان مؤجلا استقل بالقبض (فلو مات أحدهما) أى الواهب أو المتهب بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة فيما يظهر (قام وارثه مقامه) فى القبض والإقباض لأنه خليفته فلا ينفسخ العقد بذلك (وقيل ينفسخ العقد) بالموت لجوازه كالشركة وفرق الأول بأنها تئول إلى اللزوم بخلاف نحو الشركة ، ويؤخذ منه ضعف ماذكره الجرجانى فى تحريره من انفساخ الهدية بالموت قولا واحدا لعدم القبول ، ووجه ضعفه أن المدار ليس على القبول بل على الأيلولة للزوم وهو جار فى الهدية والصدقة أيضا ، ويجرى الخلاف فى الجنون والإغماء ولولى المجنون قبضها قبل الإفاقة (ويسن للوالد) أى الأصل وإن علا (العدل فى عطية أولاده) أى فروعه وإن سفلوا ولو أحفادا مع وجود الأولاد فيما يظهر كما رجحه جمع وإن خصصه آخرون بالأولاد سواء أكانت تلك العطية هبة أم هدية أم صدقة أم وقفا أم تبرعا آخر ، فإن ترك العدل بلا عذر كره عند أكثر العلماء خلافا لمن ذهب إلى حرمته . والأصل فى ذلك خبر البخارى « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » وخبر أحمد « أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أراد أن يشهده على عطية لبعض أولاده : لاتشهدنى على جور ، لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم » وفى رواية لمسلم « أشهد على هذا غيرى ، ثم قال : أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال : بلى قال : فلا إذن » فأمره بإشهاد غيره صريح فى الجواز ، وتسميته جورا باعتبار مافيه من انتفاء العدل المطلوب ، فإن فضل البعض أعطى بقيتهم ما يحصل به العدل وإلا رجع ندبا للأمر به فى رواية . نعم يظهر أنه لو علم من المحروم الرضا وظن عقوق غيره لفقره ورقة دينه لم يستحب الرجوع ولم يكره التفضيل كما لو أحرم فاسقا لئلا يصرفه فى معصية أو عاقا أو زاد أو آثر الأحوج أو المتميز بنحو فضل كما فعله الصديق مع عائشة رضى الله عنهما ، والأوجه أن حكم تخصيص بعضهم بالرجوع فى هبته حكم مالو خصه بالهبة فيما مر ، وأفهم قوله عطية عدم طلب التسوية فى غيرها كتودد بكلام أو غيره ، لكن ذكر الدميرى فى بعض نسخه أنه لا خلاف فى طلب التسوية بينهم حتى فى الكلام ، وهو متجه ، إذ كثيرا مايترتب على التفاوت فى ذلك مامر فى الإعطاء ، ومن ثم ينبغى أن يأتى هنا

تمامه ولو معه (قوله لأن الأصل عدم الرجوع) ظاهره وإن اتفقا على وقت الرجوع واختلفا فى وقت القبض ، ولو قيل بمجىء تفصيل الرجعة فيه لم يبعد ، فيقال إن اتفقا على وقت القبض واختلفا فى وقت الرجوع صدق المتهب ، وفى عكسه يصدق الواهب ، وفيما إذا لم يتفقا على شىء يصدق السابق بالدعوى ، وإن ادعيا معا صدق المتهب (قوله لايستلزم القبض) نعم يكفى عنه : أى القبض قول الواهب ملكها المتهب ملكا لازما كما مر أواخر الإقرار اهـ حج . وينبغى أن يأتى مثله فيما لو قال الشاهد أشهد أنه ملكه ملكا لازما فيغنى ذلك عن قوله وهبه وأقبضه (قوله أن يسأل الشاهد عنه) أى القبض . وينبغى أن محله فى العالم بأنها لاتملك إلا بالقبض (قوله استقل) أى المتهب (قوله ويجرى الخلاف) والراجح منه عدم الانفساخ (قوله وإن سفلوا) ذكورا كانوا أو إناثا (قوله كما رجحه جمع) وينبغى أن يأتى مثل ذلك فى الأرقاء إذا استووا من كل وجه (قوله فإن فضل البعض أعطى) أى المعطى (قوله حتى فى الكلام) أى والقبلة حج اهـ شيخنا زيادى

أيضا استثناء التمييز لعذر ، ويسن للولد العدل أيضا فى عطية أصوله ، فإن فضل كره خلافا لبعضهم ، وحينئذ فالأم أولى به كما فى الروضة عن الدارمى وأقره لخبر « إن لها ثلثى البر » وعليه يحمل ما فى شرح مسلم عن المحاسى من الإجماع على تفضيلها فى البر على الأب ، والأوجه استحباب العدل بين نحو الأخوة أيضا . نعم هو دون طلبه فى الأولاد ، وروى البيهقى خبر « حق كبير الأخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده » وفى رواية « الأكبر من الأخوة بمنزلة الأب » وإنما يحصل العدل بين ماذكر (بأن يسوى بين الذكر والأنثى) لرواية ظاهرة فى ذلك فى الخبر المار ولخبر ضعيف وقبل الصحيح إرساله « سووا بين أولادكم فى العطية ، ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء » (وقيل كقسمة الإرث) وفرق الأول بأن ملحظ هذا العصوبة وهى مختلفة مع عدم تهمة فيه وملحظ ذاك الرحم وهما فيه سواء مع التهمة فيه ، وعلى هذا وما مر فى إعطاء أولاد الأولاد مع الأولاد تتصور التسوية بأن يفرض الأسفلون فى درجة الأعلين نظير ما يأتى فى ميراث الأرحام على قول (وللأب الرجوع فى هبة ولده) عينا بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة على الراجح ، بل يوجد التصريح بذلك فى بعض النسخ ، ولا يتعين الفور بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم أو كان الولد فقيرا صغيرا مخالفا دينا لخبر « لا يحل لرجل أن يعطى عطية ، أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة ، ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد ككون الولد عاقا ، أو يصرفه فى معصية أنذره به ، فإن أصر لم يكره كما قالاه ، وبحث الأسنوى ندبه فى العاصى ، وكراهته فى العاق إن زاد عقوقه ، وندبه إن أزاله ، وإباحته إن لم يفد شيئا . والأذرعى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه فى العاصى إن غلب على الظن تعينه طريقا إلى كفه عن المعصية .

(قوله وحينئذ) أى حين ارتكب المكروه (قوله وروى البيهقى) المراد أنه كما يستحب للولد التسوية بين أولاده فكبير الإخوة يستحب له العدل بين إخوته فيما يتبرع به عليهم ، وهذا بناء على الغالب من أن الكبير كبرا يتميز به فى العادة عن إخوته يكفلهم ويتصرف فى أمورهم ، وإلا فقد يحصل للصغير من الإخوة شرف يتميز به عن كبارهم فينبغى له مراعاتهم والعدل بينهم (قوله وفى نسخة[1] البنات) أى رواية (قوله عينا) أى بخلاف مالو وهبه دينا عليه فلا رجوع له فيه ، إذ لا يمكن عوده بعد سقوطه اهـ حج . وسيأتى معنى ذلك فى قول الشارح ولو أبرأه من دين كان الخ ، وأما المنافع فهو فيها كغيره لأنها لا تملك إلا بالقبض (قوله وإن لم يحكم به) أى الرجوع (قوله دينا) إنما نص عليه لئلا يتوهم امتناع الرجوع مع اختلاف الدين للعداوة بينهما (قوله ووجوبه فى العاصى) بقى مالو اختلف العصيان كأن

(قوله وحينئذ فالأم أولى به) أى حين ارتكب المكروه وقوله وعليه يحمل الخ . أى على ما إذا ارتكب المكروه وهذا ما يظهر من الشارح لكن فى التحفة مانصه : نعم فى الروضة عن الدارمى فإن فضل فالأولى أن يفضل الأم ، وأقره لما فى الحديث « إن لها ثلثى البر » وقضيته عدم الكراهة ، إذ لا يقال فى بعض جزئيات المكروه إنه أولى من بعض بل فى شرح مسلم إلى آخر ما فى الشارح ، وما ذكره : أعنى صاحب التحفة عن الروضة من ذكر الأولوية التى استنبط منها عدم الكراهة لا يوافق ما فى الروضة ، وعبارتها : فصل : ينبغى للوالد أن يعدل بين أولاده فى العطية ، فإن لم يعدل فقد فعل مكروها ، إلى أن قال : قلت وإذا وهبت الأم لأولادها فهى كالأب فى العدل بينهم فى كل ما ذكرنا وكذلك الجد والجدة ، وكذا الولد إذا وهب لوالديه . قال الدارمى : فإن فضل فليفضل الأم والله أعلم انتهت (قوله عينا) معمول لهبة أخرج به الدين كما يأتى

---

(١) (قوله وفى نسخة الخ) ليس فى نسخ الشرح التى بأيدينا اهـ .

ويمتنع الرجوع كما بحثه البلقيني فى صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا فى لحم أضحية تطوّع ، لأنه إنما يرجع ليستقلّ بالتصرف وهو ممتنع هنا ، وقد جرى على ذلك جمع ممن سبقه وتأخر عنه ، وردوا على من أفتى بجواز الرجوع فى النذر بما فى الروضة وغيرها ، ولا حاجة إلى زيادة قول من قيد ذلك بما إذا وجدت صيغة نذر صحيحة ، إذ النذر عند الإطلاق منصرف لذلك ، ولا نظر لكونه تمليكا محضا لأن الشرع أوجب الوفاء به على العموم من غير مخصص ، وقياس الواجب على التبرع غير سديد ، ولا رجوع فى هبة بثواب بخلافها من غير ثواب وإن أثابه عليها كما قاله القاضى ، وله الرجوع فى بعض الموهوب ولا يسقط بالإسقاط ، وله الرجوع فيما أقر بأنه لفرعه كما أفتى به المصنف وهو المعتمد ، ومحله كما أفاده الجلال البلقيني عن أبيه فيما إذا فسره بالهبة ، ولو وهبه وأقبضه ومات فادّعى الوارث صدوره فى المرض والمتّهب كونه فى الصحة صدّق الثانى بيمينه ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ماتقرر إذا كان الولد حرا ، فإن كان رقيقا فالهبة لسيده كما علم مما مر ، ولو أبرأه من دين كان له عليه امتنع الرجوع جزما سواء أقلنا إنه تمليك أم إسقاط ، إذ لا بقاء للدين فأشبه مالو وهبه شيئا فتلف (وكذا لسائر الأصول) من الجهتين وإن علوا الرجوع كالأب فيما ذكر (على المشهور) كما فى نفقتهم وعتقهم وسقوط القود عنهم وخرج بهم الفروع والحواشي كما يأتى وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب ، فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه جدّه ، لأن الحقوق لاتورث وحدها إنما تورث بتبعية المال وهو لايرثه ، ومقابل المشهور لا رجوع لغير الأب قصرا للولد فى الخبر المارّ على الأب ، والأوّل عممه ، وعبد الولد غير المكاتب كالولد لأن الهبة لعبده هبة له ، بخلاف عبده المكاتب

كان أحدهما مبتدعا والآخر فاسقا يشرب الخمر مثلا وأراد دفعه لأحدهما هل يؤثر به الأوّل أو الثانى ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل ، لأن المبتدع بنى عقيدته على شبهة فهو معذور ومن ثم تقبل شهادته ، ولا كذلك الفاسق ، وينبغى أنه لو لم يكن لأحدهما شبهة لكن كانت معصية أحدهما أغلظ ككونه فسق بشرب الخمر والزنا واللواط والآخر بشرب الخمر فقط أو يتعاطى العقود الفاسدة أن يقدم الأخف (قوله كنذر وزكاة) لايقال : كيف يأخذ الزكاة أو النذر مع أنه إذا كان فقيرا فنفقته واجبة على أبيه فهو غنى بماله وإن كان غنيا فليس له أخذ الزكاة من أصلها . لأنا نقول : نختار الأول ولا يلزم من وجوب نفقته على أبيه غناه لجواز أن يكون له عائلة كزوجة ومستولدة يحتاج للنفقة عليهما فيأخذ من الزكاة مايصرفه فى ذلك لأنه إنما يجب على أصله نفقته لا نفقة عياله فيأخذ من صدقة أبيه مازاد على نفقة نفسه (قوله ولا يسقط) أى الرجوع (قوله أم إسقاط) أى على الراجح اهـ حج وقوله لأبيه : أى أبى الواهب (قوله بتبعية) أى كإرث الخيار بإرث المبيع الثابت فيه الخيار والشفعة بإرث الشقص المشترك والمال الذى فى جهة الابن لم يرثه الجد وحق الرجوع متعلق بالمال (قوله وهو) أى الجد

(قوله وردوا) أى الجميع المذكور (قوله ولا نظر لكونه تمليكا محضا) أى فيكون كالهبة حتى يصح الرجوع عنه ، وقوله من غير مخصص : أى فلم يخصصه بغير الفرع (قوله كما فى نفقتهم الخ) هذا جامع القياس (قوله لمانع قام به) أى أو لعدم قيام سبب الإرث كولد البنت ، وهو تابع فيما ذكره لشرح الروض ، لكن ذلك إنما اقتصر عليه لأن عبارة المتن الابن ، ومعلوم أن عدم إرث الابن إنما يكون لمانع ، بخلاف مطلق الفرع الذى وقع التعبير به هنا (قوله وهو لايرثه) أى المال الموهوب لأن إرثه إياه فرع صحة الرجوع ، هكذا ظهر ، وفى حاشية الشيخ ما يرجع إليه لكن هذا يشبه الدور فليتأمل

لاستقلاله ، فإن انفسخت الكتابة تبينا أن للملك للولد وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي (وشرط رجوعه) أى الأب بالمعنى المار (بقاء الموهوب فى سلطنة المتهب) أى استيلائه ليشمل ما يأتى فى التخمر ، ثم التخلل غير متعلق به حق لازم يمنع البيع وإن طرأ عليه حجر سفه (فيمتنع) الرجوع (ببيعه) كله أو بعضه بالنسبة لما باعه . نعم لو كان فى زمن خيار لم ينقل الملك عنه اتجه الرجوع وشمل كلامه مالو كان البيع من الأصل الواهب فيمتنع الرجوع ، ولو وهبه مشاعا فاقتسمه ثم رجع فيما خص ولده بالقسمة جاز إن كانت إفرازا وإلا لم يرجع إلا فيما لم يخرج عن ملكه ، فلو كانت الشركة بالنصف رجع فى نصفه فقط ولا تنقض القسمة (ووقفه) مع القبول حيث اشترط فيما يظهر لأنه قبله لم يوجد عقد زال به ملكه ، وبه يفرق بينه وبين البيع فى زمن الخيار الثابت للمشترى وحده ، ويمتنع أيضا بتعلق أرش جناية برقبته إن لم يؤدها الراجع ، وإنما لم يجب لأداء قيمة الرهن الناقصة عن الدين حتى يرجع فيه لأن أداءها يبطل تعلق حق المرتهن به لو خرجت مستحقة به فيتضرر ، وأداء الأرش لايبطل تعلق المجنى عليه به لو بان مستحقا ، والفرق أن الرهن عقد وفسخه لايقبل وقفا ، بخلاف أرش الجناية فإنه يقبله ، ويحجر الحاكم على المتهب بالإفلاس مالم ينفك الحجر والعين باقية ، وبتخمر عصير مالم يتخلل لأن ملك الخل سببه ملك العصير وألحق به الأذرعى دبغ جلد الميتة ، فلو زرع الحب أو تفرخ البيض امتنع الرجوع كما جزم به ابن المقرى فى روضه تبعا لصاحب الحاوى الصغير وغيره ، ويفرق بينه وبين غيره فى الغصب حيث يرجع المالك فيه ، وإن تفرخ ونبت بأن استهلاك الموهوب يسقط به حق الواهب بالكلية ، واستهلاك المغصوب ونحوه لايسقط به حق مالكه ، ويمتنع أيضا بكتابته : أى الصحيحة لما يأتى فى تعليق العتق مالم يعجز ، وبإيلاده وبرده الواهب مالم يسلم لأن ماله موقوف والرجوع لايوقف ولا يعلق ، واستثناء الدميرى من الرجوع مالو وهبه صيدا فأحرم الفرع ولم يرسله حتى تحلل ممنوع لزوال ملك الفرع عنه بالإحرام ولم يعد بالتحلل إذ يجب عليه إرساله بعد تحلله على الأصح المنصوص : ولو حكم شافعى بموجب الهبة ثم رجع الأصل فيها والعين باقية فى يده فرفع الأمر لحنفى فحكم ببطلان

(قوله لم ينقل الملك عنه) أى بأن كان الخيار له أو لهما. وقوله فيما يظهر : أى بأن كان على معين (قوله لأنه قبله) أى قبل القبول (قوله إن لم يؤدّها الراجع) ينبغى أو المتهب اهـ سم على حج . وإنما سكت عنه الشارح لعدم بقاء الحق متعلقا برقبته (قوله لأداء قيمة الرهن الناقصة) مفهومه إجابته إذا كانت قيمة الرهن بقدر الدين أو تزيد عليه وأدّاه ، وقضية قوله لأن أداءها الخ خلافه ، فلعل ماذكره من التقييد لا مفهوم له(قوله يسقط به حق الواهب) أى من الرجوع ، وفى سم على حج : فرع : لو تفرخ بيض النعام فهل يرجع فى قشره لأنه متموّل أولا لأنه صار فى حكم التالف ؟ فيه نظر . فرع آخر : قال فى الأنوار : قال المحاملى فى المجموع والمقنع : ولو كان ثوبا فأبلاه لم يرجع اهـ . والمتبادر أنه ليس المراد بأبلاه أنه فنى رأسا ، وإلا فهذا لايتصوّر فيه رجوع حتى يحتاج إلى نفيه بل إن انسحق وكان وجه عدم الرجوع حينئذ أنه صار فى معنى التالف اهـ سم على حج . أقول : قوله فيه نظر لايبعد الرجوع لأنه يصدق أنه بعض الموهوب (قوله ممنوع) أى الاستثناء (قوله والعين باقية فى يده) أى الفرع وقوله

(قوله غير متعلق به حق) حال من الموهوب (قوله لم ينتقل الملك عنه) أى بأن كان له أو موقوفا (قوله رجع فى نصفه فقط) أى لأن النصف الذى آل إليه بالقسمة كان له نصفه قبلها شائعا فلم يخرج عن ملكه(قوله لو خرجت مستحقة) أى القيمة (قوله وألحق به الأذرعى دبغ جلد الميتة) أى بأن وهبه حيوانا فمات ثم دبغ جلده (قوله مالم يسلم) أى فيصح رجوعه إذا رجع بعد الإسلام وليس المراد أنا نتبين بإسلامه صحة رجوعه الواقع فى الردة كما يعلم

الرجوع زاعما أن موجبها خروج العين من ملك الواهب ودخوله فى ملك الموهوب . وأما الرجوع فحادثة مستقلة وجدت بعد حكم الشافعى فكيف تدخل فى حكمه ، وكيف يعقل أن يسبق السيل المطر والحصاد الزراعة والولادة الإحبال ، فهى واقعة فتوى كان حكمه باطلا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لمخالفته لما حكم به الشافعى ، إذ قوله بموجبه من قوله حكمت بموجبه مفرد مضاف لمعرفة فهو عام ومدلوله كلية فكأنه قال حكمت بانتقال الملك وبصحة الرجوع عند وقوعه وهكذا إلى آخر مقتضياته سواء فيها ما وقع وما لم يقع بعد ، وقد قال أئمتنا : الفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب من أوجه : الأول أن العقد الصادر إذا كان صحيحا بالاتفاق ووقع الخلاف فى موجبه فالحكم بصحته لايمنع من العمل بموجبه عند غير من حكم بها ، ولو حكم الأول بالموجب امتنع الحكم بموجبه عند غيره ، مثاله التدبير صحيح بالاتفاق ، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع ، فلو حكم حنفى بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ، ولو حكم حنفى بموجب التدبير امتنع البيع ، ، وإذا حكم المالكى بصحة البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ العاقدين أو أحدهما بذلك بسبب ذلك الحكم لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك ولو حكم بموجب البيع امتنع على الشافعى تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ بخيار المجلس ، وليس للمتعاقدين أو لأحدهما الانفراد بذلك لأنه يؤدى إلى نقض حكم الحاكم فى المحل الذى حكم به وهو الإيجاب إن قلنا بعدم النقض فى هذه الصورة ، وسيأتى فى القضاء ترجيح خلافه ، ولو حكم الشافعى بصحة البيع لم يكن مانعا للحنفى من تمكين الجار من أخذ العقار المبيع بالشفعة ولو حكم بموجبه امتنع عليه ذلك ، ولو حكم المالكى بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع عند حاكم شافعى

كان حكمه باطلا : أى الحنفى ، وقوله إذ قوله : أى الشافعى (قوله سواء فيها) أى مقتضياته ، وقوله ولو حكم : أى الشافعى ، وقوله عند من يرى : أى كالشافعى ، وقوله امتنع البيع : أى عند الشافعى ، وقوله ولو حكم : أى المالكى ، وقوله نقض حكم الحاكم : أى وعليه فلهما الانفراد ، وقوله وهو الإيجاب : أى لزوم العقد .

التعليل (قوله لمخالفته لما حكم به الشافعى إلى قوله وإنما أطلنا الكلام) نص مافى فتاوى والده (قوله الأول أن العقد الخ) لم يذكر لهذا الأول ثانيا ولا ثالثا كما هو مقتضى التعبير بوجوه (قوله إذا كان صحيحا بالاتفاق) انظر ماوجه التعبير بالاتفاق هنا ، وفيما يأتى مع أن حكم الحاكم لا أثر له فى محل الاتفاق ، وكان الظاهر أن يقول : إذا كان مختلفا فيه لأنه الذى يظهر أثر حكم الحاكم فيه من رفع الخلاف (قوله لايمنع من العمل بموجبه) يعنى ما يخالفه فى الموجب ، وكذا يقال فيما يأتى (قوله مطلقا) إنما قيده به لأنه محل الخلاف بيننا وبين الحنفى ، أما إذا كان مقيدا كما إذ قال السيد : إذا متّ من هذا المرض مثلا فالحنفى يوافقنا على صحة بيعه (قوله ولو حكم بموجب البيع امتنع على الشافعى تمكين المتعاقدين الخ) أى إن قلنا إن هذا الحكم لاينقض ، وإلا فالذى يأتى فى كتاب القضاء أنه لو حكم حاكم بنفى خيار المجلس نقض حكمه (قوله لم يكن مانعا للحنفى من تمكين الجار من أخذ المبيع بالشفعة ولو حكم بموجبه امتنع عليه ذلك) قد يقال : مامعنى حكمنا على الحنفى بأنه يمتنع عليه ماذكر مع أنه صحيح عنده وهو لايلتزم أحكامنا ، وقد يقال : فائدته أنه لو رفع ذلك الحكم إلينا نقضناه . واعلم أن ماقرره الشارح هنا تبعا لوالده ، وذكر فيما يأتى أنه منقول صريح فى أنا نلتزم موجب حكم المخالف وإن كان هو لايراه ، فإن الحنفى لايرى أن الحكم بالموجب يتناول الأشياء المستقبلة مع وجوب التزامنا لها كما تقرر فى الأمثلة ، لكن صرح الشهاب حج فى فتاويه بأن محل التزام الموجب حكم المخالف إذا كان يقول به فليحرر (قوله ولو حكم المالكى بصحة القرض الخ) يوجد هنا فى نسخ الشارح سقط ، وعبارة فتاوى والده التى هاهنا نص مافيها

إذ هو قرض صحيح ويصح الرجوع فيه فلا ينافى الحكم بالصحة الرجوع فى القرض ، وإن حكم بموجبه امتنع عليه الرجوع فى عينه لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع ، ولو حكم الشافعى بصحة الرهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود إلى الراهن على وجه مخصوص وهو أن يعيده باختياره ويفوت الحق فيه بإعتاق الراهن . مثلا أن يفسخه لأن الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر ، بخلاف مالو حكم بموجبه فإنه يمتنع على الحاكم المالكى أن يفسخه بما مر لأن موجبه عند الشافعى دوام الحق فيه للمرتهن مع العود مطلقا ، فالحكم بالفسخ لأجل العود المذكور مناف لحكم الشافعى بموجبه عنده ، وإنما أطلنا الكلام على هذه المسئلة ليعلم منها فساد ما أفتى به بعض من أدركناه من علماء عصرنا تبعا للعراقى فى مسئلة إن تزوجت فلانة فهى طالق ، وحكم بموجبه مالكى بأن للشافعى الحكم بصحة تزويجها ، وأن مامر خرج مخرج الإفتاء من الحاكم الأول زاعما أن السرخسى من الحنفية نقل الإجماع عن ذلك ، إذ يجوز أن يكون مراده إجماع أهل مذهبه على أنه ليس أهلا لنقل الإجماع وإلا فما ذكرناه من النقول صريح فى رد دعواه (لابرهنه وهبته قبل القبض) فيهما لبقاء السلطنة بخلافهما بعده ، والمرتهن غير الواهب كما هو ظاهر لزوالها وإن كانت الهبة من الابن لأبيه أو لأخيه أو لابنه لأن الملك غير مستفاد من الجد أو الأب ولا بنحو غصبه أو إباقه ، ولو مرض الابن ورجع الأب ثم مات الابن اتجه صحة رجوعه كما صرح به الأذرعى ، ولا يقدح فيه كونه صار محجورا عليه فى مرضه إذ ذلك خاص بالتبرعات ونحوها ، ويفرق بينه وبين حجر الفلس بأنه أقوى لمنعه التصرف وإيثار بعض الغرماء والمرض إنما يمنع المحاباة ولا يمنع الإيثار (ولا) بنحو (تعليق عتقه) وتدبيره والوصية به (وتزويجها وزراعتها) لبقاء السلطنة (وكذا الإجارة على المذهب) لبقاء العين بحالها ومورد الإجارة المنفعة فيستوفيها المستأجر ، ومقابل المذهب قول الإمام إن لم يصح بيع المؤجر

وقوله امتنع عليه : أى على الحنفى ، وقوله على أنه : أى السرخسى (قوله صريح فى رد دعواه) فى كون ماذكر صريحا فى رد دعواه نظر لايخفى ، لأن محصل مانقله أنه لايشترط فى الموجب كونه موجودا بل الحكم به يشمل الموجود والثمرات المستقبلة ، والحكم بعدم صحة النكاح فيما ذكر ليس حكما لأن شرط الحكم وقوعه فى جواب دعوى ملزمة حتى يقع الحكم فى جوابها . نعم إن كان المالكى لايشترط لصحة الحكم ماذكر اتجه ما قاله الشارح (قوله والمرتهن) الواو للحال (قوله فيستوفيها المستأجر) أى من غير رجوع للواهب بشىء على المؤجر اهـ حج . وعليه فلو انفسخت الإجارة فقياس مامر فى الإجارة من أن المالك لو أجر الدار ثم باعها ثم انفسخت الإجارة

ولو حكم المالكى بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع فى القرض ، وإن حكم بموجبه امتنع على المقرض الرجوع فى العين المقرضة الباقية عند المقترض لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور الخ (قوله ويفوت الحق فيه) بالباء الموحدة عطفا على قوله بالعود (قوله صريح فى رد دعواه) قال شيخنا فى حاشيته مانصه : فى كون ماذكر صريحا فى رد دعواه نظر لايخفى ، لأن محصل مانقله أنه لايشترط فى الموجب كونه موجودا ، بل الحكم به يشمل الموجود والثمرات المستقبلة ، والحكم بعدم صحة النكاح فيما ذكر ليس حكما لأن شرط الحكم وقوعه فى جواب دعوى ملزمة حتى يقع الحكم فى جوابها نعم إن كان المالكى لايشترط لصحة الحكم ماذكر اتجه ماقاله الشارح انتهى مافى حاشية الشيخ . وهو صريح كما ترى فى استحالة الدعوى هنا ، وليس الأمر كذلك إذ هذا مما تصح فيه دعوى الحسبة إذا أراد التزويج بمن علق طلاقها على نكاحها بأن يدعى عليه إنسان بأنه وقع منه التعليق المذكور ويريد التزويج بمن علق عليها ومعاشرتها فيحكم عليه المالكى بموجب التعليق فتدبر .

فنى الرجوع تردد ، وفارق ماهنا رجوع البائع بعدالتحالف بأنالفسخ ثم قوى ولذا جرى وجه أن الفسخ ثم يرفع العقد من أصله ولا كذلك هنا (ولوزال ملكه) أى الفرع عن الموهوب (وعاد) إليه ولو بإرث أو إقالة أورد بعيب (لم يرجع) لأصل الواهب له (فى الأصح) لأن الملك غير مستفاد منه حينئذ . نعم قد يزول ويرجع كما مرّ فى نحو تخمر العصير ، الثانى يرجع نظرا لملكه السابق وخرج بزال مالو لم يزل وإن أشرف على الزوال كما لو ضاع فالتقطه ملتقط وعرّفه سنة ولم يتملكه فحضر المالك وسلم له فلأبيه الرجوع فيه ، ولو وهبه الفرع لفرعه وأقبضه ثم رجع فيه فالأوجه من وجهين : عدم الرجوع لزوال ملكه ، ثم عوده سواء أجعلنا الرجوع إبطالا للهبة أم لا ، إذ القائل بالإبطال لم يرد به حقيقته وإلا لرجع فى الزيادة المنفصلة (ولو زاد رجع فيه بزيادته المتصلة) لتبعيتها كتعلم صنعة وحرفة لا بتعليم الفرع فيما يظهر أخذا من نظيره فى الفلس وحرث أرض وإن زادت بها القيمة ، بخلاف حمل عند الرجوع حدث بيده وإن كان له الرجوع حالا قبل الوضع كما صححه القاضى وأجاب به ابن الصباغ وغيره وهو المعتمد ، ومثله طلع حدث ولم يتأبر على ماقى الحاوى ، لكن ردّ بأن كلامهما فى التفليس نقلا عن الشيخ أبى حامد يخالفه ، والأوجه الأوّل (لا المنفصلة) كأجرة وكسب فلا يرجع فيها لحدوثها فى ملك المتهب وليس منها حمل عند القبض وإن انفصل فى يده وسكت عن النقص وحكمه عدم الرجوع بأرشه مطلقا ويبقى غراس متهب وبناؤه أو يقلع بالأرش أو يتملك بالقيمة وزرعه إلى الحصاد مجانا لاحترامه بوضعه له حال ملكه الأرض ، ولو عمل فيه نحو قصارة أو صبغ فإن زادت به قيمته شارك بالزائد وإلا فلا شىء له (ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت أو استرجعته أو رددته إلى ملكى أو نقضت الهبة) أو فسختها أو أبطلتها لأنها تفيد المقصود لصراحتها فيه ، فلو قال أخذته أو قبضته ونوى حصل أيضا ، وكل مايحصل به رجوع البائع عند فلس المشترى يحصل به الرجوع هنا ، والموهوب بعده وقبل استرداده أمانة فى يد الفرع ، بخلاف المبيع فى يد المشترى بعد فسخ

عادت المنفعة للبائع لا للمشترى أنها هنا تعود للأب (قوله وفارق) مترتب على كلام المصنف (قوله لم يرجع) وقد نظم ذلك بعضهم فقال :

وعائد كزائل لم يعــد فى فلس مع هبة للولد

(قوله أم لا) وهو الراجح اهـ حج . وقوله إذ القائل بالإبطال : أى للهبة (قوله كتعلم صنعة) ظاهره ولو بمعلم وغرم له الفرع أجرة التعليم ، وعليه فيشكل قوله لا بتعليم الفرع الخ ، فإن عدم المشاركة للفرع بتعليمه أولى من عدم مشاركته بتعليم غيره ، فإن حمل قوله كتعلم صنعة الخ على ما لو تعلم بنفسه أشكل بالحرث الآتى فإنه لا يكون إلا بفعل فاعل فليتأمل . وعبارة حج : ومنها : أى الزيادة المتصلة تعلم صنعة وحرفة وحرث الأرض وإن زادت بها القيمة اهـ . ولم يذكر قوله لا بتعليم الفرع الخ (قوله وحرفة) عطف تفسير ، وقوله وحرث أرض قد يشكل هذا بما بحثه فى تعليم الفرع ، وقوله بخلاف حمل : أى فى أنه لا يتبع الأم ، وقوله مطلقا : أى قبل القبض أو بعده (قوله أو يقلع بالأرش) أى والخيرة فى ذلك للواهب (قوله وزرعه) أى المتهب (قوله ولو عمل) أى الفرع (قوله والموهوب بعده) أى الرجوع ، وقوله فلا يصح الرجوع إلا منجزا : أى فلا يصح معلقا

(قوله وفارق ماهنا) أى حيث يرجع الواهب فى المؤجر مسلوب المنفعة من غير رجوعه بشىء على المؤجر رجوع البائع حيث يرجع على المشترى المؤجر بأجرة المثل لما بقى من المدة (قوله كما مر فى نحو تخمر العصير) أى لبقاء سلطنته عليه كما قدمه (قوله ويبقى غراس متهب وبناؤه) أى بالأجرة (قوله بعد القبض) أى قبض هذه الهبة وكان الأولى أن

البيع لأن المشترى أخذه بحكم الضمان ، ولا يصح الرجوع إلا منجزا ، ولو وهبه وأقبضه فى صحة فشهدت بينة أنه رجع فيما وهب ولم تذكر مارجع فيه لغت شهادتها ، فلو ثبت إقرار الولد بأن الأب لم يهبه شيئا غير هذه ثبت الرجوع (لا ببيعه ووقفه وهبته) بعد القبض (واعتاقه ووطئها) الذى لم تحمل منه (فى الأصح) لكمال ملك الفرع فلم يقو الفعل على إزالته به ، وبه فارق انفساخ البيع فيها فى زمن الخيار الذاهب إلى مساواته له مقابل الأصح ، أما هبته قبل القبض فلا تؤثر رجوعا قطعا ، وعليه باستيلادها قيمتها وبالوطء مهر مثلها وهو حرام ، وإن قصد به الرجوع ولو تفاسخ المتواهبان الهبة أو تقايلا حيث لارجوع لم تنفسخ كما جزم به فى الأنوار (ولا رجوع لغير الأصول فى هبة) مطلقة أو (مقيدة بنفى الثواب) أى العوض للخبر المار ولقوة شفقة الأصل ، ولهذا كان أفضل البر بر الوالدين بالإحسان لهما وفعل مايسرهما مما ليس بمنهى عنه ، وعقوقهما كبيرة وهو إيذاؤهما بما ليس هينا مالم يكن ما أذاهما به واجبا . قال الغزالى : فلو كان فى مال أحدهما شبهة ودعاه للأكل منه تلطف فى الامتناع فإن عجز فليأكل ويصغر اللقمة ويطول المضغة ، وكذا لو ألبسه ثوبا من شبهة وكان يتأذى برده فليقبله وليلبسه بين يديه وينزعه إذا غاب ويجتهد أن لايصلى فيه إلا بحضرته ، وتسن صلة القرابة وتحصل بالمال وقضاء الحوائج والزيارة والمكاتبة والمراسلة بالسلام ونحو ذلك ، ويتأكد استحباب الوفاء بالعهد كما يتأكد كراهة خلافه ، ويكره شراء ما وهبه من الموهوب له . قال فى الإحياء : لو طلب من غيره هبة شىء فى ملأ من الناس فوهبه منه استحياء منهم ولو كان خاليا ما أعطاه حرم كالمصادر ، وكذا كل من وهب له شى لاتقاء شره أو سعايته (ومتى وهب مطلقا) بأن لم يقيد بثواب ولا نفيه (فلا ثواب) أى عوض (إن وهب لدونه) فى المرتبة الدنيوية إذ

(قوله لم تحمل منه) مفهومه أنها إذا حملت من الوطء كان رجوعا وعليه فيشكل قوله الآتى وعليه باستيلادها قيمتها لأنه يقدر دخولها فى ملكه قبيل العلوق فهى إنما حبلت بعد عودها لملكه ، اللهم إلا أن يقال : مراده أنه إذا وطىء وأحبل انتقلت إلى ملكه وتلزمه قيمتها لفرعه ، وعليه فليس الوطء رجوعا وإن حبلت غايته أنها إن لم تحبل لزمه المهر وهى باقية على ملك الفرع وإن حبلت انتقلت إلى ملكه ، كما لو وطىء أمة الفرع التى ملكها من غير جهة الأصل فإنه يقدر دخولها فى ملك الواطىء قبيل العلوق وماهنا كذلك ونقل فى الدرس عن سم معنى ذلك (قوله وبه فارق انفساخ البيع الخ) ينبغى ملاحظة ماسبق فى باب النكاح من سبق الإنزال مغيب الحشفة والعكس إذا أحبلها اه سم على حج (قوله إلى مساواته) أى للفرع وقوله قيمتها : أى للفرع وقوله مهر مثلها : أى ثيبا ويلزمه أرش بكارة إن كانت بكرا (قوله وهو حرام) أى ومع ذلك لا حد لشبهة الخلاف (قوله حيث لا رجوع) أى كأن كانت لأجنبى (قوله لم تنفسخ) وقد يوجه عدم دخولهما فيها بأنهما إنما يناسبان المعاوضات لأنه يقصد بهما الاستدراك والهبة إحسان فلا يليق بها ذلك اه سم على حج . وقول سم وقد يوجه عدم دخولهما : أى الفسخ والتقايل (قوله واجبا) دخل فيه مالو امتنع من بيع أمواله وعتق أرقائه وطلاق نسائه ونحو ذلك مما يشق عليه وقد أمره به ، والظاهر أن ذلك ليس مرادا (قوله والمراسلة) أى من غير كتاب كأن يقول لشخص سلم على فلان (قوله ويتأكد استحباب الوفاء بالعهد) ونقل شيخنا الشوبرى عن حج أن الوعد مع نية عدم الوفاء كبيرة (قوله حرم) أى ولا يملكه (قوله أو سعايته)

يقول مع القبض (قوله الذى لم تحمل منه) قال الشهاب سم : وجه هذا القيد أنها إذا حملت منه صارت مستولدة للأب وإن لم يحصل الرجوع فتنتقل إلى ملكه بسبب الاستيلاد فلا يتأتى الخلاف حينئذ فى حصول الرجوع أو عدمه فليتأمل انتهى .

لايقتضيه لفظ ولا عادة (وكذا) لا ثواب له وإن نواه إن وهب (لأعلى منه) فى ذلك (فى الأظهر) كما لو أعاره داره إلحاقا للأعيان بالمنافع ولأن العادة ليس لها قوّة الشرط فى المعاوضات والثانى يجب الثواب لاطراد العادة بذلك (و) كذا لاثواب له وإن نواه إن وهب (لنظيره على المذهب) لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقة والطريق الثانى طرد القولين السابقين ، والهدية فى ذلك كالهبة كما قاله المصنف تفقها ونقله فى الكفاية عن تصريح البندنيجى ، ومثل ذلك الصدقة ، وإن اختار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية ، والأوجه كما بحثه أيضا أن محل التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حالية أو لفظية دالة على طلب الثواب ، وإلا وجب هو أو الرد لا محالة ، ولو قال وهبتك ببدل فقال بل بلا بدل صدّق المتهب بيمينه لأن الأصل عدم البدل ، ولو أهدى له شيئا على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقى ، وإلا فبدله كما قاله الإصطخرى ، فإن كان فعلها حلّ : أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض عن الواجب العينى إذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا (فإن وجب) الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهب ردّها (فهو قيمة الموهوب) أى قدرها يوم قبضه ولو مثليا (فى الأصح) فلا يتعين للثواب جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهب . والثانى يلزمه مايعدّ ثوابا لمثله عادة ، وقيل إلى أن يرضى ولو بأضعاف قيمته (فإن) قلنا بوجوب إثابته و (لم يثبه) هو ولا غيره (فله الرجوع) فى هبته إن بقيت وبدلها إن تلفت (ولو وهب بشرط ثواب معلوم) عليه كوهبتك هذا على أن تثيبنى كذا فقبل (فالأظهر صحة العقد) نظرا للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك ، والثانى بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة

أى التكلم فيه بسوء عند من يخافه (قوله لزمه رده) أى فلو بذلها ليخلص له محبوسا مثلا فسعى فى خلاصه فلم يتفق له ذلك وجب عليه رد الهدية لصاحبها لأن مقصوده لم يحصل . نعم لو أعطاه ليشفع له فقط سواء قبلت شفاعته أولا ففعل لم يجب الرد فيما يظهر لأنه فعل ما أعطاه لأجله ، وقوله على أن يقضى : أى بأن شرطه عند الدفع أودلت قرينة على ذلك (قوله خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا)ولو قال خذ هذا واشتر لك به كذا تعين مالم يرد التبسط : أى وتدل قرينة حاله عليه كما مرّ لأن القرينة محكمة هنا ومن ثم قالوا لو أعطى فقيرا درهما بنية أن يغسل به ثوبه : أى وقد دلت القرينة على ذلك تعين ، ولو شكا إليه أنه يوفه أجره كاذبا فأعطاه درهما أو أعطى بظن صفة فيه أو فى نسبه ولم تكن فيه باطنا لم يحل قبوله ولم يملكه ، ويكتفى فى كونه أعطى لظن تلك الصفة بالقرينة ، ومثل هذا ما يأتى فى أواخر الصداق مبسوطا من أن من دفع لمخطوبته أو وكيلها طعاما أو غيره ليتزوّجها فردّ قبل العقد رجع على من أقبضه ، وحيث دلت قرينة أن ما يعطاه إنما هو للحياء حرم الأخذ ولم يملكه . قال الغزالى إجماعا ، وكذا لو امتنع من فعل أو تسليم ماهو عليه إلا بمال كتزويج بنته بخلاف إمساك زوجته حتى تبرئه أو

(قوله خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى) كلام الأذرعى ليس فى هذا ، وإنما هو فيما إذا أهداه بعد أن خلصه بالفعل ، وعبارة التحفة : ولوأهدى لمن خلصه من ظالم لئلا ينقض مافعله لم يحل له قبوله وإلا حلّ : أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب العينى إذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا انتهت . وهذا هو الموافق لما فى شرح الأذرعى ، لأنه نقل ماذكر عن فتاوى القفال ثم تردد فيما إذا تعين عليه التخليص ، ولعل فى نسخ الشارح سقطا من الكتبة والله أعلم (قوله على مقابل المذهب) عبارة التحفة : على الضعيف ، وهى الأصوب .

يقتضى التبرع (و) من ثم (يكون بيعا على الصحيح) فيجرى فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه والشفعة وعدم توقف الملك على القبض ، والثانى يكون هبة نظرا للفظ فلا تلزم قبل القبض (أو) بشرط ثواب (مجهول فالمذهب بطلانه) لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنها لاتقتضيه ، وقيل تصح هبة بناء على أنها تقتضيه (ولو بعث هدية) لم يعده بالباء لجواز الأمرين كما قاله أبو على خلافا لتصويب الحريرى تعين تعديته بها (فى ظرف) أو وهب شيئا فى ظرف من غير بعث (فإن لم تجر العادة بردّه كقوصرّة) بتشديد الراء فى الأفصح (تمر) أى وعائه الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه وإلا فزنبيل وكعلبة حلوى (فهو هدية) أو هبة (أيضا) تحكيما للعرف المضطرد ، وكتاب الرسالة يملكه المكتوب إليه إن لم تدل قرينة على عوده . قاله المتولى ، وهو أوجه من قول غيره هو باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الإباحة (وإلا) بأن اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه كلام ابن المقرى (فلا) يكون هدية بل أمانة فى يده كالوديعة (ويحرم استعماله) لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه (إلا فى أكل الهدية منه إن اقتضته العادة) عملا بها ويكون عارية حينئذ ، ويسن رد الوعاء حالا لخبر فيه ، قال الأذرعى : وهذا فى مأكول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحى فيتجه فى كل ناحية بعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب ، وقال جمع للابن فيلزم الأب قبولها : أى عند انتقاء

تفتدى بمال ، ويفرق بأنه هنا فى مقابلة البضع المتقوم عليه بمال اه اه حج . أقول : وظاهر التمثيل بتزويج بنته أنه لافرق بين أن تطلب الثيب تزويجها منه ويمتنع بحيث يكون عاضلا وبين ماجرت به العادة من أن الخاطب يطلب من الولىّ التزويج فيمتنع من إجابته إلا بجعل ، غير أن هذه الثانية بخصوصها قد يقال فيها إنه لم يمتنع من فعل واجب عليه لأن له الإعراض عنه والتزويج لغيره . بقى أنه جرت عادة كثير أنهم عند الخطبة يدفعون أمورا اعتيدت فيما بينهم للمولى من غير سبق امتناع منه من التزويج لو لم يعطوه ، فهل يكون ذلك تبرعا محضا فلا يحرم قبوله ، أولا لأنه لما كان من عادتهم الامتناع من التزويج بدونه نزلت عادتهم منزلة طلبه ، فيه نظر ؟ ولا يبعد عدم الحرمة وعدم الرجوع أيضا (قوله فالمذهب بطلانه) أى ويكون مقبوضا بالشراء الفاسد فيضمنه ضمان الغصوب (قوله لجواز الأمرين) فى المصباح بعثت رسولا بعثا أرسلته وأبعثته كذلك ، وفى المطاوع فانبعث مثل كسرته فانكسر ، وكل شىء ينبعث بنفسه فيقال بعثته ، وكل شىء لاينبعث بنفسه كالكتاب والهدية فإن الفعل يتعدى إليه بالباء فيقال بعثت به ، وأوجز الفارابى فقال بعثه : أى أهبه وبعث به وجهه اه . وذلك يقتضى تعين الباء هنا (قوله فهو هدية أو هبة أيضا)

[تنبيه] أيضا من آض إذا رجع فهو مفعول مطلق لكن عامله يحذف وجوبا سماعا ، ويجوز كونه حالا حذف عاملها وصاحبها ، وقد يقع بين العامل ومعموله كيحلّ أكل الهدية ، ويحل أيضا استعمال ظرفها فى أكلها : أى ارجع إلى الإخبار عنهم بذكر حل الأكل من ظرفها رجوعا أو أخبر بما تقدم من حل أكلها حال كونى راجعا إلى الإخبار عنهم بحل الأكل من ظرفها ، وقد لا كما هنا : أى ارجع إلى الإخبار عنهم بحكم المظروف رجوعا أو أخبر بما تقدم من حكم المظروف حال كونى راجعا إلى الإخبار بحكم الظرف فعلم أنها لاتستعمل إلا مع شيئين ولو تقديرا ، بخلاف جاء زيد أيضا وبينهما توافق فى العامل ، بخلاف جاء ومات أيضا ، ويمكن استقلال كل منهما بالعامل بخلاف اختصم زيد وعمرو أيضا اه حج (قوله إن لم تدل قرينة على عوده) كأن كتب له فيه رد الجواب بظهره وكتب أيضا قوله على عوده : أى أو إخفائه (قوله ويكون عارية حينئذ) قال فى شرح الروض : فيجوز

المحذور كما لايخفى ، ومنه قصد التقرب للأب وهو نحو قاض فيمتنع عليه القبول كما بحثه بعض الشراح وهو ظاهر ومحل الخلاف حيث لم يقصد المهدى واحدا منهما وإلا فهى لمن قصده بالاتفاق ، ويجرى ذلك فيما يعطاه خادم الصوفية فيكون له عند الإطلاق أو قصده ولهم عند قصدهم وله ولهم عند قصدهما : أى فيكون له النصف فيما يظهر أخذا مما يأتى فى الوصية لزيد الكاتب والفقراء مثلا . وقضية ذلك أن ماجرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل ، فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المعاونين له عمل بالقصد ، وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء ، وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ،وأما مع الإطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم وصاحب الفرح نظرا للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع فيقدم على العرف المخالف له ، بخلاف ما لاعرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه ، ولهذا لو نذر لولى ميت بمال فإن قصد تمليكه لغا أو أطلق وكان على قبره ما يحتاج للصرف فى مصالحه صرف لها ، وإلا فإن كان عنده قوم اعتيد قصدهم بالنذر للولى صرف لهم .

تناولها منه ويضمنه بحكمها ، وقيده فى بابها بما إذا لم تقابل بعوض وإلا فهو أمانة فى يده بحكم الإجارة الفاسدةاه سم على حج (قوله المعاونين له) هل يقسم بينه وبين المعاونين له بالسوية أوبالتفاوت وما ضابطه ولا يبعد اعتبار العرف فى ذلك .

[فرع] ماتقرر من الرجوع فى النقوط لا فرق فيه بين مايستهلك كالأطعمة وغيره ، ومدار الرجوع على عادة أمثال الدافع لهذا المدفوع إليه فحيث جرت بالرجوع رجع وإلا فلا مر اه سم على حج (قوله أما مع قصد خلافه) أى العرف (قوله فيحكم بالعادة فيه) .

[تنبيه] يؤخذ مما تقرر فى بعض النواحى أن محل مامر من الاختلاف فى النقوط المعتاد فى الأفراح مايعتاد أخذه لنفسه ،أما إذا اعتيد أنه لنحو الخاتن ، وأن معطيه إنما قصده فقط فيظهر الجزم بأنه لا رجوع للمعطى على صاحب الفرح وإن كان الإعطاء إنما هو لأجله ، لأن كونه لأجله من غير دخول فى ملكه لايقتضى رجوعا عليه بوجه فتأمله اه حج .

كتاب اللقطة

بضم اللام وفتح القاف وقد تسكن ، وهى لغة : الشيء الملقوط ، وشرعا : مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحز ولا عرف الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته ، فما وجد فى مملوك فلذى اليد ، فإن لم يدعه فلمن قبله إلى المحيي ثم يكون لقطة . نعم ما وجد بدار حرب ليس بها مسلم وقد دخلها بغير أمان غنيمة ، أو به فلقطة ، وما ألقاه نحو ريح أو هارب لايعرفه بنحو داره أوحجره وودائع مات عنها مورثه ولا يعرف مالكها مال ضائع لا لقطة ، خلافا لما وقع فى المجموع فى الأولى أمره إلى الإمام فيحفظه أو ثمنه إن رأى بيعه أو يقرضه لبيت المال إلى ظهور مالكه إن توقعه وإلا صرف لمصارف بيت المال ، فإن لم يكن حاكم أوكان جائرا فلمن هى بيده ذلك كما مر نظيره ، ولو وجد لؤلؤ بالبحر خارج صدفه فلقطه ، قاله الماوردى ، لأنه لايوجد خلقة فى البحر إلا داخل صدفه ، وظاهره عدم الفرق بين المثقوب وغيره ، لكن قال الرويانى فى غير المثقوب إنه لواجده ، ولو وجد قطعة عنبر فى معدنه كالبحر وقربه ، وسمكة أخذت منه فهو له ، وإلا فلقطة وما أعرض عنه من حب

كتاب اللقطة

(قوله وفتح القاف) وهو الأفصح ويقال لقاطة بضم اللام ولقط بفتح أوله اه حج (قوله محترم) قيد فى كل من المال والاختصاص (قوله ضاع) أى ووجد بمحل غير مملوك الخ (قوله ولا امتنع) الأولى إسقاط هذا القيد لما يأتى من جواز التقاط الممتنع للحفظ فهو داخل فى أفراد اللقطة (قوله فلمن قبله إلى المحيي) أى فيكون له إن ادعاه كما يعلم من حج وإلا لم يدعه بأن نفاه أوسكت فلقطة ، وظاهر قول الشارح فإن لم يدعه أنه لايثبت لذى اليد إلا إن ادعاه ، وعليه فيستوى حال ذى اليد وحال المحيي فيما إذا لم يدعه ، فلعل الشارح لايرى هذا القيد فى المحيي . وقال سم على حج : أقول : يفارق هذا حيث شرط فى كونه لأول مالك أن يدعيه ماتقدم فى ركاز حيث كان له وإن لم يدعه مالم ينفه بأن الركاز يملكه تبعا لملك الأرض بالإحياء ، بخلاف الموجود فى ظاهر الأرض من المنقولات لايملك بذلك اه . أقول : ولعل ماذكره سم مبنى على التفرقة بين الظاهر والباطن التى مشى عليها شيخ الإسلام فى شرح منهجه ، وإلا فقد تقدم أن المعتمد أنه لافرق بين الظاهر والباطن فى أنه إن علمهما قبل الإحياء لم يملكهما ولا بقعتهما وإلا ملكهما وبقعتهما ، وقد يقال لايتعين تخريج ماذكره على كلام شيخ الإسلام لأن ماذكره مفروض فى معدن يؤخذ من ظاهر الأرض أو باطنها ، وما ذكره سم فى منقول يؤخذ من ظاهر الأرض (قوله أو به) أى أوكان فيها مسلم دخلها بأمان أم لا على مايفهمه قوله أولا ليس بها الخ (قوله فلمن هى بيده ذلك) أى ماعدا القرض لبيت المال (قوله قال الرويانى الخ) معتمد (قوله وقربه) الواو بمعنى

كتاب اللقطة

(قوله محترم) فى حاشية الشيخ أنه وصف للمال والاختصاص ، وانظر احترز به فى المال عن ماذا (قوله فلمالكه) فى نسخة : فلذى اليد ، فإن لم يدعه فلمن قبله إلى المحيي ثم يكون لقطة (قوله وقربه) الظاهر رجوع الضمير لمعدنه فتأمل (قوله وسمكة أخذت منه) أى من البحر

فى أرض الغير فنبت يملكه مالكها ، قاله جمع . ومن اللقطة أن يبدل نعله بغيره فيأخذها ولا يحل له استعمالها إلا بعد تعريفها بشرطه أو تحقق إعراض المالك عنها ، فإن علم آن صاحبها تعمد أخذ نعله جاز له بيع ذلك ظفرا بشرطه وأجمعوا على جواز أخذها فى الجملة لأحاديث فيها يأتى بعضها مع أن الآيات الشاملة للبرّ والإحسان تشملها ، وعقبها للهبة لأن كلا تمليك بلا عوض وغيره لإحياء الموات لأن كلا تمليك من الشارع ، ويصح تعقيبها للقرض لأن تملكها اقتراض من الشارع . وأركانها : لاقط ، وملقوط ، ولقط . وستعلم من كلامه وفى اللقط معنى الأمانة ، إذ لا يضمنها ، والولاية على حفظها كالولى فى مال المحجور والاكتساب بتملكها بشرطه ، وهو المغلب فيها (يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه) لما فيه من البرّ ، بل قال جمع يكره تركه لئلا تقع فى يد خائن (وقيل يجب) حفظ المال الآدمى كنفسه ، ورد بأنها أمانة أو كسب وكل منهما غير و اجب ابتداء ، وما ذكره بعضهم من وجوبها حيث لم يكن ثم غيره ، ولو تركها تلفت صحيح قياسا على ما سيأتى فى الوديعة بل أولى لأن مالكها موجود ينظر لها بخلاف ماهنا ، ولا ينافيه ما فيها أن شرط وجوبها أن يبدل لها المالك أجرة عمله وحرزه مع أنه لا يتأتى هنا لأن امتناع المالك من بذل ذلك مع حضوره يعدّ به مضيعا لماله فانتفى الحرج عن غيره حينئذ بخلاف مسئلتنا ، ويؤيد ماقلناه ما سيأتى فى الجعالة فيما لو مات رفيقه وترك مالا وتعين حمله طريقا لحفظه ، وزعم بعضهم تفريعه على قول الوجوب مطلقا وهم ، إذ فرق بعيد بين قولهم لا يجب أخذها وإن خاف ضياعها وقولنا تعين أخذها طريقا لحفظها . نعم خص الغزالى الوجوب بما إذا لم يكن عليه تعب فى حفظها ولا يضمن وإن أثم بالترك (ولا يستحب

أو وقوله وسمكة عطف على البحر (قوله أن يبدل نعله بغيره) عمدا أو غيره ، والأولى بغيرها لأن النعل مؤنثة كما فى المصباح وبه عبر حج (قوله فإن علم أن صاحبها تعمد) أى وكذا لو لم يتعمد حيث تعذر أخذها منه (قوله جاز له بيع ذلك) أى ولا يحل له استعمالها (قوله ظفرا بشرطه) وهو تعذر وصوله إلى حقه ، ثم إن وفى بقدر حقه فذاك وإلا ضاع عليه مابقى كغير ذلك من بقية الديون (قوله وأجمعوا على جواز أخذها) أى اللقطة (قوله لأن كلا تمليك) فيه مسامحة ، إذ الحاصل من الملتقط تملك وليس من المالك فيها تمليك ، وقد يجاب بأنه عبر بالتمليك نظرا لأن الشرع أقرضها للملتقط فكأنه ملكه إياها اهـ شيخنا الزيادى بالمعنى (قوله لئلا تقع فى يد خائن) أى وللخروج من الخلاف فى وجوبها (قوله وما ذكره بعضهم من وجوبها) الأولى تذكير الضمير لأن اللقطة اسم للعين والمراد هنا اللقط (قوله حيث لم يكن ثم غيره) أى أو كان وخشى ضياعها إذا تركها (قوله صحيح) أى خلافا لحج حيث قال وردّ بأن شرط الوجوب ثم أن يبذل له المالك أجرة عمله وحرزه وهذا لا يتأتى اهـ (قوله لأن مالكها) أى الوديعة (قوله وتعين حمله طريقا لحفظه) أى فإنه يجب عليه حمله مجانا اهـ سم على حج . وظاهره وإن خلف تركة وورثة وتمكن من مراجعة الحاكم ومن الإشهاد ، وقد يتوقف فيه ويقال بأن له مراجعة الحاكم أو الإشهاد والرجوع بما يصرفه على الحمل قياسا على ماقالوه فى المضطر أنه لا يجب الدفع له بلا مقابل (قوله وقولنا تعين أخذها) إذ معنى الأوّل عدم الحرج فى الترك ومعنى الثانى وجوب الأخذ وترك الواجب ما تم (قوله نعم خص الغزالى الخ) معتمد ، وقوله إذا لم يكن عليه تعب : أى عادة ، وقوله ولا يضمن : أى اللقطة :

(قوله إن تبدل نعله بغيره) هو على حذف مضاف أى بنعل غيره وإلا فالنعل مؤنثة (قوله وأجمعوا على جواز أخذها) أى اللقطة (قوله إذ فرق بعيد بين قولهم الخ) أى فقولنا بالوجوب إذا تعين أخذها طريقا لا ينافى قول القائلين بالصحيح لا يجب أخذها وإن خاف الخ إذ التعيين المذكور أخص من خوف الضياع (قوله نعم خص الغزالى الوجوب)

لغير واثق بأمانة نفسه) مع عدم فسقه خشية الضياع أو طروّ الخيانة ، وقول ابن الرفعة : إن التعبير بخائف على نفسه يفارق هذا لأن الخوف أقوى فى التوقع ، رده السبكى بأنه لا فارق بينهما : أى من حيث أن المدار كما هو ظاهر على أن يكون أو يطرأ عليه ما يتولد عنه عن قرب ولو احتمالا ضياعها (ويجوز له) مع ذلك الالتقاط (فى الأصح) لأن خيانته لم تتحقق وعليه الاحتراز ، أما إذا علم من نفسه الخيانة فيحرم عليه قبولها كالوديعة ، وقد صرح بذلك ابن سراقة . والثانى لايجوز خشية استهلاكها (ويكره) تنزيها لا تحريما الالتقاط (لفاسق) لأنه قد يخون فيها (والمذهب أنه لايجب الإشهاد على الالتقاط) كالوديعة إذا قبلها . نعم يستحب ولو لعدل لأنه يمتنع به من الخيانة ووارثه من أخذها اعتمادا لظاهر اليد، ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به فى خبر زيد ، وأمره به فى خبر غيره محمول على الندب ، والقول بعدم المنافاة بينهما لأنها زيادة ثقة ، والأصل فى الأمر الوجوب ، يردّ بأن القياس على الوديعة أوجب حمله على الندب ، لاسيا وصرفه على الوجوب ماصح من قوله صلى الله عليه وسلم « من التقط لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل » فالتخيير بين العدل والعدلين يقتضى عدم الوجوب وإلا لم يكف العدل . والطريق الثانى القطع بأنه لايجب ويذكر فى الإشهاد بعض صفاتها ولا يستوعبها فإن خالف كره كما جزم به فى الأنوار . ولو خاف عليها منه علم ظالم بها وأخذه لها امتنع ؛ وإنما وجب فى اللقيط لأن أمر النسب أهم ، ويسن الكتابة عليها أنها لقطة (و) المذهب (أنه يصح التقاط الفاسق) والمرتد إن قلنا لايزول ملكه وهو الأصح والسفيه ؛ وليس فى كلامه تكرار مع مامرّ فى قوله ويكره لفاسق إذ مراده بالصحة هنا أن أحكام اللقطة هل تثبت له

(قوله لغير واثق بأمانة) أى ويكون مكروها خروجا من خلاف من حرمه (قوله فيحرم عليه) ظاهره وإن علم أنه لو تركها ضاعت على مالكها وقد تقدم أنه حيث علم ذلك وكان واثقا بأمانة نفسه وجب عليه أخذها ، ولا منافاة بينه وبين حرمة أخذها لأن ذاك مفروض فى الأمين وهذا فى غيره ، ولو قيل بوجوبه وحرمة الخيانة فيها لم يبعد (قوله قبولها) أى بمعنى أخذها ولو عبر به كان أنسب ، وبه عبر حج (قوله لفاسق) أى ولو بنحو ترك صلاة وإن علمت أمانته فى الأموال كما شمله إطلاقهم اهـ حج . وظاهره أنه لو تاب لايكره له وإن لم تمض مدة الاستبراء وهو ظاهر لانتفاء مايحمله على الخيانة حال الأخذ (قوله ولو لعدل) أى ولو للملتقط عدل وينبغى الاكتفاء فيمن يشهده بالمستور قياسا على النكاح ، وقد يقال بعدم الاكتفاء بالمستور وهو الظاهر مع الفرق بين هذا والنكاح بأن النكاح يشتهر غالبا بين الناس فاكتفى فيه بالمستور ، والغرض من الإشهاد هنا الامتناع من الخيانة فيها وجحد الوارث لها فلم تكتف بالمستور (قوله لأنها) أى الخصلة المأمور بها فى الخبر الثانى وهى الإشهاد (قوله فإن خالف كره) أى ولا يضمن وسيأتى للشارح الفرق بين هذا وبين مالو استوعب الأوصاف فى التعريف حيث يضمن بحصر الشهود وعدم تهمتهم (قوله ولو خاف عليها منه) أى الإشهاد (قوله امتنع) أى وضمن ، وعبارة سم على منهج نقلا عن مر : إذا غلب على ظنه أن استيعابها للشهود يؤدى إلى ضياعها حرم وضمن ، ويحمل الكلام على

اعلم أن الوجوب الذى خصه الغزالى ليس مذكورا فى عبارة الشارح كما يعلم من التحفة ، وعبارتها : وقال جمع : بل نقل عن الجمهور إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب وإلا فلا ، واختاره السبكى وخصه الغزالى بما إذا لم يكن تعب فى حفظها الخ . ولا يصح أن يكون الوجوب الذى خصه الغزالى هو المذكور فى قول الشارح وما ذكره بعضهم من وجوبها الخ إذ البعض هو الزركشى وهو متأخر عن الغزالى بكثير (قوله ولأنه صلى الله عليه وسلم) معطوف على قوله كالوديعة فهو علة ثانية لعدم الوجوب وكان الأولى تقديمه على قوله نعم الخ

وإن منعناه الأخذ ، قاله الزركشى (و) التقاط (الصبى) والمجنون حيث كان لهما تمييز كما بحثه بعضهم فى الثانى ، وهو ظاهر لأن المغلب فيها الاكتساب لا الأمانة والولاية ،وبهذا يتبين رد قول الأذرعى المراد بالفاسق من لايوجب فسقه حجرا عليه فى ماله (و) التقاط (الذمى) والمعاهد والمؤمن كما بحثه الزركشى (فى دار الإسلام) وإن لم يكن عدلا فى دينه فيما يظهر . والطريق الثانى تخريجه على أن المغلب فيها الاكتساب فيصح أو الأمانة والولاية فلا ، وخرج بدار الإسلام دار الحرب ففيها تفصيل مرّ (ثم الأظهر) بناء على صحة التقاط الفاسق ، ومثله فيما يأتى الكافر . قال الأذرعى : إلا العدل فى دينه (أنه ينزع) الملتقط (من الفاسق) وإن لم يخش ذهابه منه (ويوضع عند عدل) لأنه لا تقر يده على مال ولده فمال غيره أولى والمتولى للنزع والوضع الحاكم كما هو ظاهر . والثانى لاينزع ولكن يضم إليه عدل مشرف (و) الأظهر له (أنه لايعتد بتعريفه) كالكافر (بل يضم إليه) عدل (رقيب) عند تعريفه لئلا يخون فيه والثانى يعتد من غير رقيب ، ثم إذا أتم التعريف فله التملك . قال الماوردى : وأشهد عليه الحاكم بغرمها إذا جاء مالكها ومؤنته عليه ، وكذا أجرة المضمون إليه حيث لم يكن فى بيت المال شىء ، ولو ضعف الأمين عنها عضده الحاكم بأمين يقوى به على حفظها وتعريفها ولا ينزعها منه (وينزع) حتما (الولى لقطة الصبى) والمجنون والمحجور عليه بالسفه حفظا لحقه وحق المالك وتكون يده نائبة عنه ، ويستقل بذلك ويعرف ويراجع الحاكم فى مؤنة التعريف ليقترض أو يبيع له جزءا منها ، ويفارق هذا مايأتى من كون مؤنة التعريف على المتملك بوجوب الاحتياط لمال نحو الصبى ما أمكن ولا يعتد بتعريف الصبى والمجنون .

غير هذه الحالة اهـ . وقوله ويحمل الكلام : أى يسن الإشهاد (قوله كما بحثه بعضهم فى الثانى) أى المجنون (قوله والتقاط الذمى) وقع السؤال فى الدرس هل يصح التقاط الذمى للمصحف أم لا ؟ والجواب : الظاهر أن يقال فيه بالثانى لأن صحة التقاطه تستدعى جواز تملكه وهو ممنوع منه ، ويؤيده ما يأتى فى التقاط الأمة التى تحل له من الامتناع (قوله وإن لم يكن) أى الذمى (قوله ففيها تفصيل مرّ) أى فى قوله نعم ماوجد بدار حرب الخ (قوله إلا العدل فى دينه) أى فلا تنزع منه (قوله الحاكم) أى فإن لم يفعل ذلك أثم ، وقياس مامر فى قوله ولا يضمن وإن أثم بالترك عدم الضمان ، وقياس ما يأتى من ضمان ولىّ الصبى حيث لم ينتزع منه ولو حاكما الضمان ، وقد يفرق بين الفاسق والصبى بصحة التقاط الفاسق ، وكونه أهلا للضمان وعدم الولاية عليه من الحاكم ، بخلاف الصبى فإن الولاية ثابتة عليه فكأن ما فى يد الصبى فى يد وليه فيضمن بعدم مراعاة حفظه ، ولعل هذا أقرب ، ويصدق فى بيان قيمها إذا ذكرها وإن لم تسبق رؤيته لها ولكنه علم بها ولم ينتزعها ممن هى بيده على القاعدة (قوله لايعتدّ بتعريفه) أى مستقلا بقرينة قوله بل يضم إليه الخ (قوله فله التملك) أى الفاسق وما ألحق به ، وعبارة سم على حج قوله ثم إذا تم التعريف تملكها هذا يشكل فى المرتد ، بل ينبغى توقف تملكه على عوده إلى الإسلام فلتراجع اهـ (قوله وأشهد عليه) أى وجوبا ، وقوله ومؤنته أى التعريف ، وقوله عليه أى الملتقط ولو غير فاسق (قوله حيث لم يكن فى بيت المال شىء) قيد فى أجرة المضموم إلى الملتقط ، ويدل عليه فصله عما قبله بكذا ، وقوله عضده الحاكم : أى وجوبا ، وقوله بأمين يقوى به : أى وقياس مامر فى أجرة الرقيب المضموم إليه أن الأجرة هنا على الملتقط إن لم يكن فى بيت المال شىء (قوله حفظا لحقه) أى الثابت له شرعا بمجرد الالتقاط حيث كان مميزا لما

(قوله ففيها تفصيل مر) الذى مر بالنسبة للمسلم أنه إذا وجده بدار حرب ليس فيها مسلم وقد دخلها بغير أمان فغنيمة أو بأمان فلقطة فانظره بالنسبة للذمى ونحوه وراجع باب قسم الفىء والغنيمة

نعم صرح الدارمي بصحة تعريف الصبي بحضرة الولى ، وهو قياس مامر فى الفاسق مع المشرف ، وما بحثه الأذرعى من صحة تعريف المراهق الذى لم يعرف كذبه مخالف لكلامهم ، بخلاف السفيه فإنه يصح تعريفه لأنه يوثق بقوله دونهما (ويتملكها للصبي) أو نحوه (إذا رأى ذلك) مصلحة له وذلك (حيث يجوز الاقتراض له) لأن تملكه إياها فى معنى الاقتراض له فإن لم ير ذلك حفظها أو سلمها للحاكم وللولى وغيره أخذها من غير مميز على وجه الالتقاط ليعرّفها ويتملكها ويبرأ الصبي حينئذ من الضمان (ويضمن) فى مال نفسه ولو حاكما فيما يظهر خلافا للزركشي ومن تبعه (إن قصر فى انتزاعه) أى الملتقط من المحجور (حتى تلف) أو أتلف (فى يد الصبي) أو نحوه لتقصيره كما لو قصر فى حفظ ما احتطبه ثم يعرف التالف ، فإن لم يقصر بأن لم يعلم بها الولى فأتلفها نحو الصبي ضمنها فى ماله دون الولى ، وإن لم يتلفها لم يضمنها أحد ، وإن تلفت بتقصير ولو لم يعلم الولى بها حتى كمل الآخذ فهو كما لو أخذها حال كماله سواء استأذن الحاكم فأقرها فى يده أم لا كما هو أحد وجهين للصيمرى يتجه ترجيحه (والأظهر بطلان التقاط العبد) أى القن إن لم يأذن له سيده ولم ينهه ، وإن نوى سيده لأنه يعرّضه للمطالبة ببدلها لوقوع الملك له ولأن فيه شائبة ولاية وتملك وليس من أهلهما ، وبه يفرق بينه وبين نحو الفاسق ، فإنه وإن انتفت عنه الشائبة الأولى فيه أهلية الشائبة الثانية على أن المغلب معنى الاكتساب ، ومثله مالو قال له التقط عن نفسك فيما يظهر ، والثانى صحته ويكون لسيده . أما إذا أذن له ولو فى مطلق الاكتساب فيصح وإن نهاه لم يصح قطعا (ولا يعتد بتعريفه) إذا بطل

يأتى أن غير المميز لاحق له (قوله نعم صرح الدارمي الخ) معتمد (قوله من صحة تعريف المراهق) أى من غير ضم أحد إليه (قوله بخلاف السفيه) أى الذى سبب سفهه التبذير ، بخلاف من سبب سفهه عدم صلاح الدين فإنه لايعتد بتعريفه إن فسق بما هو متصف به (قوله فإنه يصح) أى بإذن وليه كما قاله الزركشي اهـ خطيب . وظاهر إطلاق الشارح أنه لايتوقف على إذن الولى ، ويوجه بأن إذن الولى إنما يعتبر فيما فيه تفويت على السفيه ، ومجرد تعريفه لاتفويت فيه وهو طريق إلى تملكه ففيه مصلحة له (قوله دونهما) أى الصبي والمجنون (قوله حيث يجوز) أى بأن كان ثم ضرورة للاقتراض (قوله من الضمان) أى المتعلق بوليه لما يأتى من أنها لو تلفت فى يد الصبي ولو بتقصير منه لم يضمن ، وقوله ويضمن : أى الولى (قوله ما احتطبه) أى فإنه يضمنه للصبي (قوله ضمنها فى ماله) أى فلو ظهر مالكها وادعى أن الولى علم بها وقصر فى انتزاعها حتى أتلفها الصبي صدق الولى فى عدم التقصير لأن الأصل عدم العلم وعدم الضمان (قوله وإن تلفت) غاية (قوله بتقصير) ظاهره ولو كان الملتقط مميزا . وقضية قوله السابق ويبرأ الصبي حينئذ من الضمان خلافه فإن التعبير بنفى الضمان عنه حيث انتزعها الولى يشعر بضمانها لو تلفت فى يده ، إلا أن يقال : المراد بنفى الضمان عنه فيما مر الضمان المتوقع بإتلافه لها لو بقيت فى يده أو نفى الضمان المتعلق بوليه كما ذكرناه (قوله سواء استأذن) أى الصبي بعد كماله (قوله بطلان التقاط العبد) أى البالغ العاقل كما هو ظاهر (قوله لأنه) أى العبد ، وقوله يعرضه : أى السيد ، وقوله ولأن فيه : أى الالتقاط ، وقوله الشائبة الأولى : أى الولاية ، وقوله الشائبة الثانية : أى التملك ، وقوله ومثله : أى فى بطلان الالتقاط (قوله أما إذا أذن له الخ) أفتى شيخنا الشهاب الرملي فى عبد مشترك بصحة التقاطه بإذن أحدهما اهـ . وينبغى أنها للشريكين ولا يختص بها أحدهما الآذن ويؤيده أن المبعض حيث لا مهايأة يصح التقاطه بغير إذن ويكون بينهما

(قوله بخلاف السفيه) فإنه يصح تعريفه وتقدم أن الولى يعرّف فهو مخير

التقاطه لأن يده ضامنة ، وحينئذ لايصح تملكه ولو لسيده بإذنه وإذا لم يصح التقاطه فهو مال ضائع (فلو أخذه) أى الملتقط (سيده) أوغيره منه (كان التقاطا) من الآخذ فيعرفه وليتملكه ويسقط عن العبد الضمان وللسيد أن يقره فى يده ويستحفظه إياه إن كان أمينا وإلا ضمنه لتعديه بإقراره معه فكأنه أخذه منه ورده إليه ، ويتعلق الضمان بسائر أمواله ، ومنها رقبة العبد فيقدم صاحبها برقبته ، فإن لم يعلم تعلق برقبة العبد فقط ، ولو عتق قبل أن يأخذها منه جاز له تملكها إن بطل الالتقاط وإلا فهو كسب قنه فله أخذه ثم تعريفه ثم تملكه (قلت : المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة) لأنه كالحر فى الملك والتصرف فيعرف ويتملك مالم يعجز قبل التملك وإلا أخذها الحاكم لا السيد وحفظها لمالكها ، أما المكاتب كتابة فاسدة فكالقن،والقول الثانى لايصح لما فيه من التبرع والحفظ وليس هو من أهله فهو كالقن . والطريق الثانى القطع بالصحة كالحرّ ولو عرفها ثم تملكها وتلفت فبدلها فى كسبه وهل يقدم بها مالكها على الغرماء وجهان : أوجههما لا ، وأجراهما الزركشى فى الحرّ المفلس أو الميت (و) المذهب صحة التقاط (من بعضه حر) لأنه كالحر فيما ذكر (وهى) أى اللقطة (له ولسيده) يعرّفانها ويتملكانها بحسب الرقّ والحرية إن لم تكن بينهما مهايأة (فإن كانت) بينهما (مهايأة) بالهمز : أى مناوبة (فلصاحب النوبة) منهما التى وجدت اللقطة فيها بعد تعريفها وتملكها (فى الأظهر) بناء على دخول الكسب النادر فى المهايأة وهو الأصح . والثانى تكون بينهما بناء على عدم دخوله فيها ، ولو تخلل مدة تعريف المبعض نوبة السيد ولم يأذن فيه أناب من يعرف عنه فيما يظهر ، فإن تنازعا فيمن وجدت فى يده صدّق من هى بيده كما دل عليه النص ، فإن لم تكن بيد واحد منهما فهى بينهما فيما يظهر بعد أن يحلف كل للآخر ، وظاهر كلامهم أنه فى يوم نوبة سيده كالقن فيحتاج إلى إذنه وفى نوبة نفسه كالحر ، فإن لم تكن مهايأة اتجه عدم الاحتياج إلى إذن تغليبا للحرية (وكذا حكم

اهـ سم على حج (قوله لأن يده ضامنة) أى فيتعلق الضمان برقبته على ما يأتى (قوله ويتعلق الضمان بسائر أمواله) لعل المراد من التعلق بأموال السيد أنه يطالب فيؤدى منها أو من غيرها ، وليس المراد التعلق بأعيانها حتى يمتنع عليه التصرف فى شىء منها لعدم الحجر ، وقوله فيقدم صاحبها برقبته ظاهر فى أن الضمان يتعلق بكل من رقبة العبد والسيد ، وبه صرح فى شرح الروض والعباب على مانقله سم على منهج عنهما (قوله جاز له) أى للعبد (قوله إن بطل) أى إن قلنا ببطلانه لعدم إذن السيد فيه (قوله أخذها الحاكم لا السيد) قال شيخنا الزيادى: لأن التقاط المكاتب لايقع لسيده ولا ينصرف إليه ، وقال البغوى : ينبغى أن يجوز له ذلك لأن الالتقاط اكتساب واكتساب المكاتب لسيده عند عجزه زكريا اهـ . ويؤيد ماقاله البغوى مامر من أن العبد إذا لم يصح التقاطه كان لسيده ولغيره أخذ مابيده ويكون لقطة بيد الآخذ ومع ذلك المعتمد الأول (قوله ولو عرفها) أى المكاتب ، وقوله وهل يقدم بها أى اللقطة(قوله بحسب الرق والحرية) المتبادر تعلقه بكل من الفعلين قبله ، وعليه فيعرف السيد نصف سنة والمبعض نصفا ، ويوافقه ما يأتى عند قول المتن فى الأسواق وأبواب المساجد ونحوها من أنه لو التقط اثنان لقطة عرفها كل واحد نصف سنة . قال سم على حج : والحاصل أنه يصح التقاط المبعض بغير إذن سيده إن لم تكن مهايأة ، وكذا إن كانت فى نوبة نفسه . وقضيته أنه لاضمان على السيد فإقرارها فى يده اهـ (قوله ولو تخلل مدة الخ) أى كأن كان يخدم سيده جمعة مثلا ويشتغل لنفسه مثلها فاتفق وقوع نوبة السيد فى زمن التعريف (قوله فيمن وجدت فى يده) لعله فى نوبته (قوله فيحتاج إلى إذنه) أى حتى لو لم يأذن لاتصح لا للسيد ولا له ، وإن

(قوله جاز له) أى للعبد

سائر النادر) أى باقيه (من الأكساب) الحاصلة للمبعض كالهبة بأنواعها والوصية والركاز والصدقة وزكاة الفطر على الأصح ، لأن مقصود المهايأة اختصاص كل بما وقع فى نوبته (و) من (المؤن) كأجرة حجام وطبيب إلحاقا للغرم بالغنم ، والأوجه أن العبرة فى الكسب والمؤن بوقت الاحتياج للمؤن وإن وجد سببها فى نوبة الآخر ، وإن كان ظاهر كلام بعض الشراح أن العبرة فى الكسب بوقت وجوده وفى المؤن بوقت وجود سببها كالمرض (إلا أرش الجناية) منه أو عليه الواقعة فى نوبة أحدهما (والله أعلم) فلا تدخل لتعلقه بالرقبة وهى مشتركة ، واعتراض بعضهم حمل كلام المصنف هنا على الثانية بأنها مبحوثة لمن بعده فكيف تدخل فى كلامه مردود بأن كلامه حيث صلح لها تبين أنها غير مبحوثة وإن لم توجد فى كلام غيره .

(فصل) فى بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفها

(الحيوان المملوك) ويعرف ذلك بكونه موسوما أو مقرّطا مثلا (الممتنع من صغار السباع) كنمر وفهد وذئب وما نوزع به من كون هذه من كبارها . وأجيب عنه بحملها على صغارها أخذا من كلام ابن الرفعة مردود بأن الصغر من الأمور النسبية ، فهذه وإن كبرت فى نفسها هى صغيرة بالنسبة إلى الأسد ونحوه (بقوّة كبعير وفرس) وحمار وبغل وبقر (أو بعدو كأرنب وظبى أو طيران كحمام) وهو كل ماعبّ وهدر كقمرى ويمام

نوى نفسه وبقى ما لو أذن له السيد فى نوبته فى أن يلتقط لنفسه هل يصح أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب البطلان لتنزيله فى نوبة سيده منزلة كامل الرق (قوله والصدقة وزكاة الفطر) المراد بالصدقة أن ماملكه ببعضه الحرّ يلزمه إخراج زكاته بشرط النصاب ، وكذا تلزمه زكاة الفطر إذا وقعت فى نوبته ، وله صدقة التطوّع مما ملكه وله قبولها ، لا أن المراد أنه يقبل زكاة الفطر لأن شرط قبول الزكاة الحرية الكاملة كما صرحوا به فى كتاب تفرقة الزكاة (قوله بوقت الاحتياج) راجع للمؤن كما هو ظاهر ، وأما الكسب فالعبرة فيه بوقت وجوده ، لكن قوله الآتى إن كان ظاهر الخ صريح فى رجوعه لهما ، وعليه فليتأمل معنى وقت الاحتياج بالنسبة للكسب ، ويمكن تصويره بما لو نصبت شبكة فى نوبته أو هيأ مجرى الماء أو وحل أرضه لصيد ودخل الصيد فى غير نوبته (قوله على الثانية) هى قوله أو عليه (قوله مبحوثة لمن بعده) أى وهو الزركشى كما فى شرح المنهج .

(فصل) فى بيان لقط الحيوان

(قوله وتعريفها) أى اللقطة وما يتبع ذلك كدفعها للقاضى (قوله موسوما) الظاهر أنه إنما يحتاج للعلامة فى نحو الطير دون الماشية لأنها لاتكون إلا مملوكة اهـ سم على حج . وقول سم فى نحو الطير : أى أو مافى معناه كالوحوش (قوله أو مقرطا) أى فى أذنه قرط ، وهو هنا : الحلقة مطلقا لا مايعلق فى شحمة الأذن خاصة الذى هو معناه ، وعبارة المختار : القرط الذى يعلق فى شحمة الأذن ، والجمع قرطة بوزن عنبة وقراط بالكسر كرمح ورماح (قوله كبعير) ظاهره ولو كان معقولا ، وهل يجوز له فك عقاله إذا لم يأخذه ليرد الشجر والماء ؟ فيه نظر ، والأقرب الجواز ولا ضمان عليه ، بل لايبعد الوجوب إن غلب على ظنه أنه لايتمكن من ورود الماء

(قوله وزكاة الفطر) معطوف على قول المصنف سائر النادر .

(فصل) فى بيان لقط الحيوان وغيره

إن وجد بمفازة) ولو آمنة ،وهي المهلكة . سميت بذلك على القلب تفاؤلا كما قيل، وقال ابن القطاع . بل من فاز هلك ونجا فهو ضد فهي مفعلة من الهلاك (فللقاضي) أو نائبه (التقاطه للحفظ) لأن له ولاية على أموال الغائبين ، ولا يلزمه وإن خشي ضياعه كما اقتضاه كلامه ، بل قال السبكي : إذا لم يخش ضياعه لاينبغي أن يتعرض له ، والأذرعي يجب الجزم بتركه عند اكتفائه بالرعي والأمن عليه ولو أخذه احتاج للإنفاق عليه قرضا على مالكه واحتاج مالكه لإثبات ملكه وقد يتعذر عليه ذلك ، فإن لم يكن ثم حمى ، قال القاضي : باعه وحفظ ثمنه لأنه الأنفع ، نعم ينتظر صاحبه يوما أو يومين إن جوز حضوره ، والأوجه تخيير الحاكم بين الثلاثة مع رعاية الأصلح أخذا من إلزامه بالعمل به في مال الغائب (وكذا لغيره) من الآحاد أخذه للحفظ من المفازة (في الأصح) صيانة له من أخذ خائن ،ومن ثم جاز له ذلك في زمن الخوف قطعا . والثاني لا إذ لا ولاية للآحاد على مال الغير . أما إذا أمن عليه : أي يقينا امتنع أخذه قطعا كما في الوسيط ، ومحله كما اعتمده في الكفاية إن لم يعرف صاحبه وإلا جاز له أخذه قطعا ويكون أمانة في يده (ويحرم) على الكل (التقاطه) زمن الأمن من المفازة (للتملك) للنهي عنه في ضالة الإبل ، وقيس بها غيرها بجامع إمكان عيشها من غير راع إلى وجود مالكها لها لتطلبه ذلك ، فإن أخذ ضمنه ولم يبرأ إلا بردّه للحاكم . أما زمن النهب فيجوز التقاطه للتملك قطعا في الصحراء وغيرها . وتقييد بعضهم ذلك بما إذا لم تكن عليه أمتعة وإلا بأن كان لايمكن أخذها إلا بأخذه ، فالظاهر أن له حينئذ أخذه للتملك تبعا لها ، ولأن وجودها عليه وهي ثقيلة يمنعه من ورود الماء والشجر والفرار من السباع ،وقد يفرق بين الأمتعة الخفيفة والثقيلة ، وهو الأوجه مخالف لكلامهم إذ لاتلازم بين أخذها وأخذه ، ولا يلزم من أخذها وهي عليه وضع يده عليه فيتخير في أخذها بين التملك والحفظ وهو لايأخذه إلا للحفظ ، ودعوى أن وجودها ثقيلة عليه صيره كغير الممتنع ممنوعة ، وخرج بالمملوك غيره ككلب يقتنى فيحل التقاطه ، وله الاختصاص والانتفاع به

و الشجر (قوله كما اقتضاه كلامه) قياس مامر من الوجوب على الملتقط إن علم ضياعها لو لم يأخذها وجوبه على القاضي إن علم ذلك ، ومع ذلك لو تركها لاضمان عليه كما مر (قوله بتركه) أي الأخذ (قوله والأوجه تخيير الحاكم) أي وإذا اختار حفظه وتعريفه فقضية قوله السابق احتاج للإنفاق عليه قرضا على مالكه أنه هنا كذلك ، وقوله بين الثلاثة : أي الآتية في كلام المصنف (قوله بالعمل به) أي الأصلح (قوله كما في الوسيط) تقدم مثله عن الأذرعي فيما لو اكتفى بالرعي ، وانظر هل ماهنا يغني عن كلام الأذرعي أم لا ، وقد يقال بالثاني بناء على أن الأذرعي قال : لايشترط تيقن الأمن بل يكتفى بالعادة الغالبة في محله (قوله فإن أخذه) أي للتملك . وينبغي أن مثله مالو أطلق (قوله إلا برده للحاكم) هو ظاهر إن كان الملتقط غير الحاكم ، فإن كان الملتقط الحاكم فهل يكفي في زوال الضمان عنه جعل يده للحفظ من الآن أو يجب عليه رده إلى قاض ولو نائبه ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول قياسا على ماتقدم في العبد من أنه إذا عتق جاز له تملكها إن بطل الالتقاط وإلا فهو كسب قنه (قوله إذا لم يكن عليه أمتعة)ومن الأمتعة التي عليه أيضا البرذعة ونحوها من كل ما عليه (قوله ممنوعة) أي لأنا

(قوله بل من فاز هلك ونجا) كان الأولى بل من فاز هلك إذ يستعمل فيه كنجا فهو ضد (قوله من الهلاك) كان الأولى من الفوز بمعنى الهلاك (قوله والأوجه تخيير الحاكم بين الثلاثة) أي الالتقاط والترك والبيع خلافا لما وقع في حاشية الشيخ من أن المراد الثلاثة الآتية في كلام المصنف لفساده كما لايخفى (قوله أما إذا أمن) كان الأولى التعبير بغير أما هنا (قوله وتقييد بعضهم الخ) كان الأصوب أن يقول : وقول بعضهم الخ ، ليكون ماسيحكيه

بعد تعريفه سنة ، والبعير المقلد تقليد الهدى يأخذه واجده فى أيام منى ويعرفه ، فإن خاف خروج وقت النحر نحره وفرّقه . ويستحب استئذان الحاكم ، ولعل وجه تجويزهم ذلك فى مال الغير بمجرد التقليد مع كون الملك لايزول به مع قوّة القرينة المغلبة على الظن أنه هدى مع التوسعة على الفقراء وعدم تهمة الواجد فإن المصلحة لهم لا له فاندفع ما لبعض الشراح هنا ، وظاهر أنه لو ظهر مالكه وأنكر كونه هديا صدق بيمينه ، وحينئذ فالقياس أنه يستقر على الذابح مابين قيمته حيا ومذبوحا لأنه هو الذى فوته بذبحه ويستقرّ على الآكلين بدل اللحم والذابح طريق ، والأوجه جواز تملك منفعة موقوف لم يعلم مستحقها بعد تعريفها لأنها مملوكة للموقوف عليه فهى من حيز الأموال المملوكة ، وجواز تملك منفعة موصى بها كذلك كرقبته لأنهما مملوكان ، الرقبة للوارث والمنفعة للموصى له وإن رجح الزركشى من تردد له عدم جواز تملكهما (وإن وجده) أى الحيوان المذكور (بقرية) مثلا أو ما يقاربها عرفا بحيث لايعد فى مهلكة فيما يظهر (فالأصح جواز التقاطه) فى غير الحرم والأخذ بقصد الخيانة (للتملك) لتطرق أيدى المجتازين عليه هنا دون المفازة لندرة طروقها ولاعتياد إرسالها فيها بلا راع فلا يكون ضالة ، بخلاف العمران . والثانى المنع كالمفازة لإطلاق الخبر ، ورد بأن سياقه يقتضى المفازة بدليل « دعها ترد الماء وترعى الشجر » ، وقد يمتنع التملك كالبعير المقلد وكما لو دفعها للقاضى معرضا عنها ثم عاد لإعراضه المسقط لحقه (ومالا يمتنع منها) أى صغار السباع (كشاة) وعجل وفصيل وكثير إبل وخيل (يجوز التقاطه) للحفظ و (للتملك فى القرية) ونحوها (والمفازة) زمن أمن ونهب ولو لغير القاضى كما اقتضاه إطلاق الخبر وصونا له عن الضياع (ويتخير آخذه) أى المأكول للتملك (من مفازة) بين أمور ثلاثة (فإن شاء عرفه) وينفق عليه (وتملكه) بعد التعريف كغيره (أو باعه) بإذن الحاكم إن وجده (وحفظ ثمنه) كالآكل بل أولى (وعرفها) أى اللقطة التى باعها لا الثمن ولذا أنث الضمير هنا لئلا يوهم عوده إلى الثمن وذكره فى أكله لعدم الإيهام فيه (ثم تملكه) أى الثمن (أو)

لانسلم أن كونها عليه يمنعه من الرعى وورود الماء ودفع السباع (قوله مع التوسعة على الفقراء) أى وإن كان فقيرا أيضا فلا يمنعه فقره من ذبحه لاحتمال أن الحامل عليه أخذه منه بالفقر ، على أنه قد يقال : لايجوز له الأخذ منه وإن كان فقيرا لاتحاد القابض والمقبض كما قيل بمثله فيما لو وكله فى دفع صدقة للفقراء حيث لايجوز له أخذ شىء منها وإن عين له قدرا يأخذه منها فطريقه إذا أراد الدفع له أن يقدر له قدرا ويدفعه له (قوله ويستقرّ على الآكلين) قضيته أن ذلك جار وإن تعذرت معرفته عادة ، وهو ظاهر لأن حال الذابح كحال من غصب مال غيره يظنه ماله ثم غصب منه وتعذر انتزاعه فإنه طريق فى الضمان وإن لم يعرف الآخذ منه (قوله منفعة موقوف) أى من المنقولات. أما غيرها فلا لعدم انطباق تعريف اللقطة عليها إذ هى من الأموال المحرزة ، وقد تقدم أن أمرها لأمين بيت المال (قوله الرقبة) بدل من الضمير أو مبتدأ (قوله والأخذ) أى وغير الأخذ الخ (قوله إن وجده) أى وإن لم يجده باعه استقلالا اهـ محلى ، ولم يتعرض للإشهاد . وقضيته أنه لايجب الإشهاد ، ويوجه بأنه مؤتمن وأن

عنه مقول القول إذ ليس كله تقييدا ويزيد لفظ قال قبل قوله وإلا الآتى (قوله قوة القرينة) خبر لعل قوله وسيأتى عنه نظيره بما فيه مراده بذلك ما سيأتى فى قوله وإذا أكل لزمه تعريف المأكول إن وجده بعمران لا صحراء أخذا مما مر ، خلافا للأذرعى عقب قولا لمصنف وقيل إن وجده فى عمران وجب البيع ، وهو تابع فى التعبير بما ذكره هنا للشهاب حج ، وذاك نسب ما سيأتى للإمام وعقبه بمنازعة للأذرعى ، وهى التى أرادها بقوله هنا بما فيه وأهمله الشارح ثم واكتفى بقوله خلافا للأذرعى . واعلم أنه يعلم مما سيأتى للشارح ثم أنه يعتمد كلام الإمام .

تملكه حالا ثم (أكله) إن شاء إجماعا ، ولا يجوز له أكله قبل تملكه نظير ما يأتى فيما يسرع فساده (وغرم قيمته) يوم تملكه لا أكله كما سيصرح به آخر الباب (إن ظهر مالكه) ولا يجب فى هذه الخصلة تعريفه على الظاهر عند الإمام ، وسيأتى عنه نظيره بما فيه ، وعلل ذلك بأن التعريف إنما يراد للتملك وقد وقع قبل الأكل واستقر به بدله فى الذمة ، ومن ثم لم يلزمه إفرازه بل لايعتد به لأن بقاءه بذمته أحفظ ، وليس له بيع بعضه للإنفاق لئلا تستغرق النفقة باقيه ولا الاستقراض على المالك لذلك ، والفرق بينه وبين مامر فى هرب الجمال أنه ثم يتعذر بيع العين ابتداء لتعلق الإجارة بها وعدم الرغبة فيها غالبا حينئذ ولا كذلك اللقطة ، ولا يرجع بما أنفق إلا إذا أذن له الحاكم عند إمكان مراجعته ، وإلا كأن خاف عليه أو على ماله فيما يظهر أشهد على أنه ينفق بنية الرجوع والأولى أولى لحفظ العين بها على مالكها ، ثم الثانية لتوقف استباحة الثمن على التعريف . ومحل ذلك مالم يكن أحدها أحظ للمالك وإلا تعين كما قاله المالك ويؤيده ما يأتى ، وزاد أيضا رابعة وهى تملكها حالا ليستبقيها حية لدر ونسل لأنه أولى من الأكل وله إبقاؤه لمالكه أمانة إن تبرع بإنفاقه ولو أعيا بعير مثلا فتركه فقام به غيره حتى عاد كحاله لم يملكه ، ولا رجوع له بشىء إلا إن استأذن الحاكم فى الإنفاق ، أو أشهد عند فقده أنه ينفق بنية الرجوع .

المغلب فى اللقطة من حيث هى الكسب ولكن ينبغى استحبابه (قوله ولا يجب فى هذه الخصلة) هى قوله أو تملكه حالا (قوله وسيأتى عنه) أى فى المفازة (قوله وليس له بيع بعضه) لو كانت اللقطة مما تؤجر لحمل مثلا هل يجوز له إيجاره أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن فيه مصلحة للمالك ، وبقى مالو كانت اللقطه عبدا وأنفق عليه اللاقط على اعتقاد أنه عبد فتبين أنه حر هل له الرجوع بما أنفق أم لا ؟ فيه نظر أيضا ، والأقرب الثانى لأنه أنفق ليرجع على السيد وتبين أنه لا ملك له عليه ، والعبد نفسه لم يقصد بالإنفاق عليه حتى يرجع عليه بما أنفقه ، ومثل ذلك فى عدم الرجوع ما إذا بيع ثم ظهر المالك وقال كنت أعتقته للعلة المذكورة . وفى سم على منهج : لو ظهر مالكه وقال له كنت أعتقته مثلا قبل تصرفه صدق وبان فساده . ثم لو أكذب نفسه وأقر ببقاء الرق ليأخذ الثمن فهل يقبل ؟ وجهان اهـ . أقول : الأقرب عدم القبول تغليظا عليه ولتشوف الشارع للعتق ولأن الرجوع عما أقر به من الحقوق اللازمة له لايقبل منه (قوله لئلا تستغرق النفقة) قال سم على منهج بعد مثل ما ذكر : وأقول : هذا التعليل موجود فى إنفاقه بإذن الحاكم ثم بالإشهاد مع أنه جائز كما تقدم ، وقد أوردت ذلك على مر فأجاب بأنه لو جوز القرض على المالك فربما يقترض ويتلف الحيوان أو ما اقترضه بلا تقصير فيبقى القرض دينا على المالك من غير فائدة ، ولا كذلك فى إنفاقه لأنه ينتفع به فى الحال شيئا فشيئا اهـ . أقول : هذا الفرق إنما يأتى فيما لو اقترض جملة ليصرفها على الحيوان . أما لو وجد من يقرضه كل يوم قدر ماينفقه على الحيوان كان كما لو أنفق بنفسه (قوله عند إمكان مراجعته) أى من مسافة قريبة ، وهى مادون مسافة العدوى . ويحتمل أن المراد مايجب طلب الماء منه بأن كان بحد القرب (قوله أو على ماله) أى وإن قل (قوله أشهد على أنه ينفق) أى فإن فقد الشهود فلا رجوع لأنه نادر ، ومحل ذلك فى العمران دون المفازة (قوله بنية الرجوع) عبارة حج : أو نواه عند فقد الشهود لأن فقدهم هنا غير نادر كما علم مما مر آخر الإجارة اهـ . وقوله والأولى : أى من الخصال (قوله ونسل) فإن ظهر مالكها فاز بها الملتقط (قوله لأنه أولى) قضيته امتناع هذه الخصلة فى غير المأكول ، ويكاد يصرح به قوله بعد ، ولو كان الحيوان غير مأكول ففيه الخصلتان الأوليان ، ولكن نقل عن شيخنا الزيادى جواز تملكه فى هذه الحالة للاستبقاء أيضا ، ويوجه بأن العلة فى جواز أكل المأكول فى الصحراء عدم تيسر من يشتريه ثم غالبا ، وهذا موجود فى غير المأكول (قوله لم يملكه) أى ثم إن استعمله لزمته أجرته ، ثم إن ظهر مالكه فظاهر

خلافا لأحمد والليث فى كونه يملكه ولمالك فى الرجوع بما صرفه ، ومن أخرج متاعا غرق لم يملكه ، وما نقل عن الحسن البصرى من ملكه له رد بأن الإجماع على خلافه (فإن أخذه من العمران) أو لم يكن مأكولا (فله الخصلتان الأوليان لا الثالثة) وهى الأكل (فى الأصح) لسهولة البيع هنا لا ثم والمشقة نقلها إلى العمران ، وقضيته امتناع الأكل فيما مر لو نقلها إلى العمران . والثانى له الأكل أيضا كما فى الصحراء . وأجاب الأول بأنه إنما أبيح له الأكل فى الصحراء لأنه قد لا يجد فيها من يشتريه بخلاف العمران ، ومراده بالعمران الشارع والمساجد ونحوها لأنها مع الموات محال اللقطة (ويجوز أن يلتقط) فى زمن الأمن والخوف ولو للتملك (عبدا) أى قنا (لا يميز) ومميزا فى زمن الخوف لا الأمن لأنه يستدل على سيده . نعم لو كانت أمة يحل له التمتع بها امتنع التقاطها للتملك ويجوز للحفظ ، فإن لم تحل له لنحو تمجس أو محرمية جاز مطلقا ، وحيث جاز التقاط القن ففيه الخصلتان الأوليان ، وينفق من كسبه إن كان وإلا فكما مر وصور الفارقى معرفة رقه دون مالكه بأن يكون به علامة دالة على الرق كعلامة الحبشة والزنج ، ونظر فيه غيره ثم صوره بما إذا عرف رقه أولا وجهل مالكه ثم وجده ضالا ، ولو تملكه ثم تصرف فيه فظهر مالكه وادعى عتقه أو نحو بيعه قبله صدق بيمينه وبطل التصرف (ويلتقط غير الحيوان) من الجماد كالنقد وغيره حتى الاختصاص كما مر (فإن كان يسرع فساده كهريسة) ورطب لا يتتمر وعنب لا يتزبب تخير بين خصلتين فقط (فإن شاء باعه) بإذن الحاكم إن وجده ولم يخف منه وإلا استقل به فيما يظهر (وعرفه) بعد بيعه لا ثمنه (ليتملك الثمن) وهذه أولى مما ذكره فى قوله (وإن شاء تملكه) باللفظ لا النية هنا وفيما مر كما يعلم مما يأتى (فى الحال وأكله) لأنه معرض للهلاك ، ويتعين فعل الأحظ منهما نظير ما يأتى ، والأقرب كما قاله الأذرعى

وإلا فهل يكون من الأموال الضائعة أم لا ؟ فيه نظر . وقياس مامر أول الباب فيما لو ألقت الريح ثوبا فى حجره إلى آخر مامر الأول (قوله ومن أخرج متاعا غرق لم يملكه) أى ويكون لمالكه إن رجيت معرفته وإلا فلقطة كما يعلم مما تقدم فى اللؤلؤ وقطعة العنبر . وفى سم على حج : فرع : هل يلتقط المبعض الذى لا يميز ولا يبعد الجواز (قوله وقضيته امتناع الأكل الخ) وعليه فلعل الفرق بين المفازة والعمران أن العمران مظنة للاتهام فى حد ذاته بخلاف المفازة (قوله والمساجد ونحوها) أى كالمقبرة والمدرسة والرباط (قوله جاز مطلقا) أى للتملك والحفظ ، ثم لو أسلمت بعد ذلك فهل يجوز له وطؤها لملكه لها أو يتبين بطلان التقاطه فلا يجوز له وطؤها ؟ فيه نظر فليراجع من باب القرض . ثم رأيت فى سم على حج فى باب القرض ما نصه : قوله ونحو مجوسية الخ لو أسلمت نحو المجوسية بعد اقتراضها فهل يجوز وطؤها أم يمتنع لوجود المحذور وهو احتمال ردها بعد الوطء فيشبه إعارتها للوطء ؟ فيه نظر اهـ . وفى حواشى الروض لوالد الشارح : لو أسلمت نحو المجوسية لم يبطل العقد ويمتنع الوطء (قوله وينفق) أى عليه ، وقوله من كسبه إن كان ، هلا ذكروا ذلك فى الحيوان أيضا بأن يؤجر وينفق عليه من أجرته اهـ سم على حج . أقول : يمكن أنهم إنما تركوه لأن الغالب فى الحيوان الذى يلتقط عدم تأتى إيجاره فلو فرض إمكان إيجاره كان كالعبد (قوله بما إذا عرف رقه) أى أو أخبر بأنه رقيق لأنه يقبل فى حق نفسه إذا كان بالغا (قوله وبطل التصرف) هو واضح فيما لو ادعى عتقه أو وقفه . أما إذا ادعى بيعه فقد يقال يصح تصرف الملتقط فيه وتلزمه قيمته لمشتريه من المالك وقت البيع وإن كانت فوق ثمنه (قوله فيما يظهر) أى ولا يجب الإشهاد على ما قدمناه قريبا (قوله وأكله) قياس ما مر عن الماوردى أنه إذا تملكه لا يتعين أكله بل إن شاء أكله وإن شاء جففه وادخره

(قوله أو نحو بيعه) كذا فى شرح الروض ، وانظر ما الصورة مع أن بيعه لا يمنع بيع الملتقط لأنه يبيعه على مالكه مطلقا سواء أكان البائع أم المشترى (قوله كما قاله الأذرعى) أى فى المسئلة الآتية فهو هنا مأخوذ من كلام

أنه لايستقل بعمل الأحظ فى ظنه بل يراجع الحاكم ويمتنع إمساكه لتعذره (وقيل إن وجده فى عمران وجب البيع) لتيسره وامتنع الأكل نظير مامر ، وفرق الأول بأن هذا يفسد قبل وجود مشتر ، وإذا أكل لزمه تعريف المأكول إن وجده بعمران لا صحراء أخذا مما مرّ خلافا للأذرعى ، ولايجب إفراز القيمة المغرومة من ماله . نعم لابد من إفرازها عند تملكها لأن تملك الدين لايصح ، قاله القاضى (وإن أمكن بقاؤه بعلاج كرطب يتجفف) أى يمكن تجفيفه ولبن يصير أقطا وجب رعاية الأغبط للمالك (فإن كانت الغبطة فى بيعه بيع) جميعه بإذن الحاكم بالقيد المار (أو) كانت الغبطة (فى تجفيفه) أو استوى الأمران كما بحثه بعض المتأخرين (وتبرع به الواجد) أو غيره (جففه وإلا) بأن لم يتبرع به أحد (بيع بعضه) بقدر مايساوى التجفيف (لتجفيف الباقى) طلبا للأحظ كولىّ اليتيم وإنما باع كل الحيوان لئلا يأكل كله كما مر (ومن أخذ لقطة للحفظ أبدا) وهو أهل للالتقاط لذلك كما أفاده الزركشى أى بأن كان ثقة (فهى) كدرّها ونسلها (أمانة بيده) لأنه يحفظها لمالكها فأشبه المودع ومن ثم ضمنها لو قصر كأن ترك تعريفها على ما يأتى ومحله كما بحثه الأذرعى ، وسيأتى عن النكت وغيرها مايصرح به حيث لم يكن له عذر معتبر فى تركه : أى كأن خشى من ظالم أخذها أو جهل وجوبه وعذر فيما يظهر (فإن دفعها إلى القاضى لزمه القبول) حفظا لها على صاحبها لأنه ينقلها إلى أمانة أقوى ، وإنما لم يلزمه قبول الوديعة عند انتفاء الضرر لإمكان ردّها لمالكها مع التزامه الحفظ ، وكذا لو أخذها للتملك ثم تركه وردّها يلزمه القبول ومعلوم عدم جواز دفعها لقاض غير أمين وأنه لايلزمه القبول وأن الدافع له يضمنها كما صرح به القفال (ولم يوجب الأكثرون التعريف)

لنفسه (قوله بل يراجع الحاكم) أى مالم يخف منه وإلا استعمل بعمل الأحظ حيث عرفه وإلا راجع من يعرف الأحظ وعمل بخبره ، ولواختلف عليه مخبران قدّم أعلمهما ، فإن استويا عنده أخذ بقول من يقول إن كذا أحظ لأن معه زيادة علم بمعرفة وجد الأحظية (قوله وقيل إن وجده فى عمران) والمراد بالعمران هنا نحو المدرسة والمسجد والشارع إذ هما والموات محالّ اللقطة لا غير كما مر اه حج . أقول : وينبغى أن مثل ذلك نحوه من كل ماكان مظنة لاجتماع الناس كالحمام والقهوة والمركب (قوله بالقيد المار) هو قوله إن وجده ولم يخف الخ (قوله بقدر مايساوى التجفيف) ظاهره أنه ليس له الإنفاق على التجفيف ليرجع بشرطه فليراجع اه سم على حج . أقول : ولا مانع من الإنفاق المذكور لحصول المقصود به ، إلا أن يقال : إلزام ذمة الغير لايكون إلا عند الضرورة وهى منتفية حيث أمكن بيع جزء منه (قوله ومحله كما بحثه الأذرعى الخ) قضية فرض ماذكر فيمن أخذ للحفظ أنه لو أخذ لا لذلك لم يعذر فى ترك التعريف ولا فى اعتقاد حملها له من غير تعريف ، بل ينبغى كفر من استحل ذلك حيث كان للقطة وقع ، فإن وجوب تعريفها مما لايخفى فلا يعذر من اعتقد جوازه ، فما يقع لكثير من العامة من أن من وجد شيئا جاز له أخذه مطلقا لايعذر فيه ، ولا عبرة باعتقاده ذلك لتقصيره بعدم السؤال عن مثله (قوله فإن دفعها) أى القاضى (قوله مع التزامه) أى الوديع (قوله وأنه لايلزمه) أى بل قياس ماتقدم حرمته حيث علم من نفسه الخيانة فيها (قوله وأن الدافع له يضمنها) أى يكون طريقا فى الضمان والقرار على من تلفت تحت يده منهما (قوله ولم يوجب الأكثرون) ضعيف

الأذرعى ، وكلامه إنما هو فى تلك خلافا لما يوهمه كلام الشارح (قوله ومحله كما بحثه الأذرعى) هذا وإن كان مفروضا فيما إذا أخذ للحفظ إلا أن مثله المأخوذ للتمليك كما سيأتى التصريح به خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ (قوله لأنه ينقلها إلى أمانة أقوى) يحتمل أن الضمير للقاضى إذ هو المحكوم عليه باللزوم : أى لأنه بقبوله ينقلها إلى أمانة أقوى وهو مستودع الشرع ، ويحتمل أنه راجع للملتقط : أى إنما لزم القاضى القبول لأن الملتقط ينقلها

فى غير لقطة الحرام (والحالة هذه) أى كونه أخذها للحفظ لأن الشرع إنما أوجبه لأجل أن له التملك بعده ، وقال الأقلون يجب: أى حيث لم يخف أخذ ظالم لها كما يعلم مما يأتى لئلا يفوت حق المالك بكتمها ، ورجحه الإمام والغزالى وقوّاه ، واختاره فى الروضة وصححه فى شرح مسلم ، وهو المعتمد كما قاله الأذرعى لأن المالك قد لايمكنه إنشادها لنحو سفر أو مرض . ويمكن الملتقط التخلص عن الوجوب بالدفع للقاضى الأمين فيضمن بترك التعريف ولا يرتفع به ضمانها لو بدا له بعد ، قال : ولا يلزمه مؤنة التعريف فى ماله على القولين وإن نقل الغزالى أن المؤنة تابعة للوجوب . ولو بدا له قصد التملك أو الاختصاص عرّفها سنة من حينئذ ولا يعتد بما عرفه قبله . أما إذا أخذها للتملك أو الاختصاص فيلزمه التعريف جزما (فلو قصد بعد ذلك) أى أخذها للحفظ وكذا بعد أخذها للتملك (خيانة لم يكن ضامنا) بمجرد القصد (فى الأصح) فإن انضم لذلك القصد استعمال أو نقل من محل لآخر ضمن كالمودع فيهما . والثانى يصير ضامنا بذلك ، وإذا ضمن فى الأثناء بخيانة ثم أقلع وأراد أن يعرف ويتملك جاز وخرج بالأثناء ما فى قوله (وإن أخذ بقصد خيانة فضامن) لقصده المقارن لأخذه ويبرأ بالدفع لحاكم أمين (وليس له بعد أن يعرف ويتملك) أو يختص بعد التعريف (على المذهب) نظرا للابتداء كالغاصب ، وفى وجه من الطريق الثانى له ذلك نظرا لوجود صورة الالتقاط (وإن أخذ ليعرف ويتملك) بعد التعريف (فأمانة) بيده (مدة التعريف وكذا بعدها مالم يختر التملك فى الأصح) كما قبل مدة التعريف . والثانى وبه قال الإمام والغزالى تصير مضمونة عليه إذا كان عزم التملك مطردا كالمستام ، وفرق الأول بأن المستام مأخوذ لحظ آخذه حال الأخذ بخلاف اللقطة ، ولو أخذه لا بقصد حفظ ولا تملك أو لا بقصد خيانة ولا أمانة أو بقصد أحدهما ونسيه فأمانة وله تملكها بشرطه اتفاقا ، ومعلوم أنه يكون فى الاختصاص أمينا مالم يتلف بنفسه أو بغيره ، فإن تلف فلا ضمان أخذا مما مر فى الغصب (و) عقب الأخذ كما قاله المتولى وغيره (يعرف) بفتح أوله ندبا كما

(قوله ولا يلزمه مؤنة التعريف) أى بل تكون فى بيت المال كما يأتى فى كلام المصنف (قوله عرّفها سنة من حينئذ) أى وعليه مؤنة التعريف من الآن ، ثم إن كان اقترض على مالكها مؤنة تعريف مامضى فهل يرجع بذلك عليه لأنه إنما اقترض لغرض المالك أولا لرجوعها إليه آخرا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأنهم لم يعتدّوا بتعريف سابق ولم يرتبوا الحكم عليه مع قصد التملك بل أوجبوا استئناف التعريف فابتداء أخذه للتملك كأنه من الآن أولا نظر إلى ماقبله (قوله وأراد أن يعرف) قال سم على حج : فلو وقعت الخيانة فى أثناء التعريف ثم أقلع فهل يبنى أو يستأنف اهـ ؟ أقول : والأقرب الأول لأن قصد الخيانة لم يبطل أصل اللقطة فلا يبطل حكم مابنى عليها (قوله مطردا) أى مستمرا (قوله يكون فى الاختصاص أمينا) وتظهر فائدة ذلك فيما لو كان كلبا فى جواز الانتفاع به وعدمه وفى جواز التقصير فى حفظه وعدمه فقبل اختصاصه به لايجوز به الانتفاع ولا التقصير فى حفظه ويجوزان بعد الاختصاص .

إلى أمانة أقوى فلزم القاضى موافقته عند الرفع إليه حفظا لمال الغائب الذى هو من وظائفه (قوله فإن تلف فلا ضمان الخ) لايخفى أن هذا مفهوم القيد فى قوله مالم يتلف بنفسه أو بغيره ، وفيه أن حكم المنطوق ومفهوم المخالفة واحد فى كلامه وهو لايصار إليه ، وعبارة التحفة التى تصرف فيها بما ذكر نصها : وقضية كلام شارح هنا أنه يكون أمينا فى الاختصاص مالم يختص به فيضمنه حينئذ كما فى التملك وهو غفلة عما مرّ فى الغصب أن الاختصاص يحرم غصبه ولا يضمن إن تلف أو أتلف انتهت . وحمل الشيخ فى حاشيته مغنى الأمانة على خلاف الظاهر لما

قاله الأذرعي وغيره خلافا لابن الرفعة محل التقاطها و (جنسها وصفتها) الشامل لنوعها (وقدرها) بعدّ أو وزن أو كيل أو زرع (وعفاصها) أى وعاءها توسعا إذ أصله جلد يلبس رأس القارورة ، كذا قاله بعضهم تبعا للخطابى ، لكن عبارة القاموس مصرحة بكونه مشتركا بين الوعاء الذى فيه النفقة جلدا أو خرقة وغلاف القارورة والجلد الذى يغطى رأسها به (ووكاءها) بكسر أوّله وبالمد : أى خيطها المشدود به لأمره صلى الله عليه وسلم بمعرفة هذين وقيس بهما غيرهما لئلا تختلط بغيرها وليعرف صدق واصفها . ويستحب تقييدها بالكتابة كما مر خوف النسيان ، أما عند تملكها فالأوجه وجوب معرفة ذلك ليعلم مايرده لمالكها لو ظهر (ثم) بعد معرفته ذلك (يعرفها) بضم أوله وجوبا وإن لم يقصد تملكها كما مر بنفسه أو نائبه من غير أن يسلمها له ، ويكون المعرف عاقلا غير مشهور بالخلاعة والمجون ، وإن لم يكن عدلا كما قاله ابن الرفعة إن وثق بقوله ولو محجورا عليه بالسفه كما علم مما مر ، وأفهم قولهم ثم عدم وجوب فورية التعريف وهو ماصححاه ، لكن ذهب القاضى أبو الطيب إلى وجوب الفورية واعتمده الغزالى . قيل ومقتضى كلام الشيخين جواز التعريف بعد زمن طويل كعشرين سنة وهو فى غاية البعد ، والظاهر أن مراده بذلك عدم الفورية المتصلة بالالتقاط انتهى . والأوجه ماتوسطه الأذرعى وهو عدم جواز تأخيره عن زمن تطلب فيه عادة ويختلف بقلتها وكثرتها ، ووافقه البلقينى فقال : يجوز التأخير مالم يغلب على ظنه فوات معرفة المالك به ولم يتعرضوا له انتهى . وقد تعرض له فى النهاية بما يفيد ذلك ، وفى نكت المصنف كالجيلى أنه لو غلب على ظنه أخذ ظالم لها حرم التعريف وكانت أمانة بيده أبدا : أى فلا يتملكها بعد السنة كما أفتى به الغزالى ، وهو أوجه مما أفتى به ابن الصباغ أنه لو خشى من التعريف استئصال ماله عذر فى تركه وله تملكها بعد السنة (فى الأسواق) عند قيامها (وأبواب المساجد) عند خروج الناس منها لأنه أقرب إلى وجدانها ،

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما يوجد من الأمتعة والمصاغ فى عش الحدأة والغراب ونحوهما ما حكمه ؟ والجواب الظاهر أنه لقطة فيعرفه واجده سواء كان مالك النخل ونحوه أو غيره . ويحتمل أنه كالذى ألقت الريح فى داره أو حجره ، وتقدّم أول الباب أنه ليس بلقطة ، ولعله الأقرب فيكون من الأموال الضائعة أمره لبيت المال (قوله الذى يغطى رأسها) أى فإطلاق العفاص على الوعاء حقيقة (قوله من غير أن يسلمها له) أى وإن كان أمينا لأن الملتقط كالوديع وهو لايجوز له تسليم الوديعة لغيره إلا عند الضرورة كما هو ظاهر (قوله بالخلاعة والمجون) عطف تفسير ، وفى المختار : المجون أن لايبالى الإنسان بما صنع (قوله والأوجه ماتوسط الأذرعى) معتمد (قوله بما يفيده ذلك) وعليه فقول الأذرعى لم يتعرضوا له أى صريحا (قوله وكانت أمانة) ظاهره ولو كان حيوانا وانظر ماذا يفعل فى مؤنته هل تكون عليه أم لا ؟ فيه نظر ، وينبغى أن يقال هو فى هذه الحالة كالمال الضائع فيأتى فيه ماقيل فى المال الضائع من أن أمره لبيت المال فيدفعه له ليحفظه إن رجا معرفة صاحبه ، ويصرف مصرف أموال بيت المال إن لم يرج ، وهذا إن كان ناظر بيت المال أمينا وإلا دفعه لثقة يصرفه مصارف أموال بيت المال إن لم يعرف الملتقط مصارفه وإلا صرفه بنفسه (قوله فلا يتملكها بعد السنة) أى ولو أيس من مالكها

رأى أن الاختصاص لايضمن ورتب عليه مافيها بقطع النظر عن أصل مأخذ الشارح (قوله لكن عبارة القاموس الخ) قصده بذلك تعقب حصر الخطابى لمعنى العفاص على ما ذكره وليس قصده أن العفاص فيما فسره هو به من الوعاء حقيقى كما لايخفى (قوله لئلا تختلط بغيرها) كأنه علة لأمره صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يعطفه عليه ، وأما قوله وليعرف صدق واصفها فالظاهر أنه معطوف على قوله لأمره فتأمل (قوله والظاهر أن مراده) يعنى المصنف

ويكره تنزيها كما في المجموع لا تحريما خلافا لجمع مع رفع الصوت بمسجد كإنشادها فيه إلا المسجد الحرام كما قاله الماوردي والشاشي لأنه لايمكن تملك لقطة الحرم ، فالتعريف فيه محض عبادة ، بخلاف غيره فإن المعرف فيه متهم بقصد التملك ، وبه يرد على من ألحق به مسجد المدينة والأقصى وعلى تنظير الأذرعي في تعميم ذلك لغير أيام الموسم (ونحوها) من المحافل والمجامع ومحال الرجال وليكن أكثره بمحل وجودها ولا يجوز له المسافرة بها بل يدفعها لمن يعرفها بإذن الحاكم وإلا ضمن . نعم لمن وجدها بالصحراء تعريفها لمقصده قرب أم بعد استمر أم تغير ، وقيل يتعين أقرب البلاد لمحلها واختير وإن جازت به قافلة تبعها وعرفها ، ولو وجد ببيته درهما مثلا وجوز كونه لمن يدخله عرفه لهم كاللقطة ، قاله القفال . ويجب في غير الحقير الذي لايفسد بالتأخير أن يعرف (سنة) من وقت التعريف تحديدا للخبر الصحيح فيه لأن السنة لا تتأخر فيها القوافل غالبا وتمضي فيها الفصول الأربعة ، ولأنه لو لم يعرف سنة لضاعت الأموال على أربابها ، ولو جعل التعريف أبدا لامتنع من التقاطها فكانت السنة مصلحة للفريقين ، ولو التقط اثنان لقطة عرفها كل واحد نصف سنة لأن قسمتها إنما تكون عند التملك لا قبله كما قال السبكي إنه الأشبه ، وإن قال ابن الرفعة يعرفها كل سنة لأنه في النصف كلقطة كاملة ، وقد يجب التعريف على كل واحد سنتين بأن يعرف سنة قاصدا حفظها بناء على أن التعريف حينئذ واجب ثم يريد التملك فيلزمه من حينئذ سنة أخرى ، ولا يشترط استيعاب السنة بل يكون (على العادة) زمنا ومحلا وقدرا (يعرف أولا كل يوم مرتين طرفي النهار) أسبوعا (ثم كل يوم مرة) طرفه إلى أن يتم أسبوعا آخر (ثم كل أسبوع) مرة أو مرتين : أي إلى أن يتم سبعة أسابيع أخذا مما قبله (ثم) في كل (شهر) مرة بحيث لاينسى أن الأخير تكرار للأول وزيد في الأزمنة الأول لأن تطلب المالك فيها أكثر وتحديد المرتين وما بعدهما بما ذكر أوجه من قول بعض الشراح مرادهم أنه في ثلاثة أشهر يعرف كل يوم مرتين وفي مثلها كل يوم مرة وفي مثلها كل أسبوع مرة وفي مثلها كل شهر مرة ، والأقرب أن هذا التحديد كله للاستحباب لا الوجوب كما يفهمه ما يأتي أنه تكفي سنة مفرقة على أي وجه كان التفريق بقيده الآتي (ولا تكفي سنة متفرقة) كأن يعرف اثني عشر شهرا من اثني عشر عاما (في الأصح) لأن المفهوم من السنة في الخبر التوالي ، وكما لو حلف لايكلم زيدا سنة (قلت : الأصح يكفي ، والله أعلم) لإطلاق الخبر ، وكما لو نذر صوم سنة ، ويفرق بين هذا والحلف بأن القصد به الامتناع والزجر ولا يتم ذلك بدون التوالي ، ومحل هذا كما بحثه الأذرعي أن لايفحش التأخير بحيث ينسى التعريف الأول وإلا وجب الاستئناف واعتبر الإمام وجوب بيان محل وجدانها في التعريف كما مر ، ولو مات الملتقط أثناء التعريف بنى وارثه كما قاله الزركشي والعراقي

كما هو ظاهر هذه العبارة ، وقوله ويكره تنزيها : أي التعريف (قوله لقطة الحرم) قضيته أنه لو التقطها قبل وصوله الحرم وأراد تعريفها فيه كان ذلك مكروها وفيه نظر ، بل مقتضى إطلاقهم خلافه فليراجع (قوله محض عبادة) أي في أيام الموسم وغيرها (قوله بإذن الحاكم) أي في الدفع (قوله بمقصده) أي بلده ، وقوله قرب أم بعد معتمد (قوله وكما لو حلف لايكلم زيدا سنة) أي فإنه لايبر بترك تكليمه سنة متفرقة بل لابد لعدم الحنث من ترك تكليمه سنة كاملة (قوله بيان محل وجدانها) عبارة شرح الروض زمان بدل محل : أي بأن يقول في تعريفه من ضاعت له لقطة بمحل كذا (قوله كما مر) أي في قوله وليكن أكثره بمحل وجودها ، وقوله رادا قول شيخه :

(قوله إلا المسجد الحرام) أي في لقطته كما يصرح به ما بعده خلافا لما وقع في حاشية الشيخ (قوله من وقت التعريف) قد يقال لا حاجة إليه مع قوله أن يعرف (قوله ومحلا) انظر ما معناه هنا (قوله إلى أن يتم سبعة أسابيع) التعبير بيتم ظاهر في أنه يحسب من السبعة الأسبوعان الأولان (قوله بحيث لاينسى أن الأخير الخ) الظاهر أن الحيثية هنا

رادًا قول شيخه إن الأقرب الاستئناف ، كما لا يبنى على حول مورثه فى الزكاة بحصول المقصود هنا لا ثم لانقطاع حول المورث بخروج الملك عنه بموته فيستأنف الوارث الحول لابتداء ملكه (ويذكر) ندبا (بعض أوصافها) فى التعريف جنسها أو عفاصها أو وكاءها . ويحرم عليه استيعابها كما صرح به الأذرعى لئلا يعتمدها كاذب . فإن فعل ضمن كما صححه فى الروضة لاحتمال رفعه إلى حاكم يلزم الدفع بالصفات ويفارق جواز استيفائها فى الإشهاد بحصر الشهود وعدم تهمتهم (ولا يلزم مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ) أو لا لحفظ ولا تملك أو اختصاص لأن المصلحة للمالك (بل يرتبها القاضى من بيت المال) قرضا كما قاله ابن الرفعة ، لكن مقتضى كلامهما أنه تبرع . واعتمده الأذرعى ويدل عليه قوله (أو يقترض) من الملتقط أو غيره (على المالك) أو يأمر الملتقط به ليرجع على المالك أو يبيع جزءا منها إن رآه نظير مامر فى هرب الجمال فيجتهد ، ويلزمه فعل الأحظ للمالك من هذه الأربعة فإن أنفق على وجه غير ماذكر فمتبرع ، وسواء فى ذلك أوجبنا التعريف أم لا على ما اعتمده السبكى والعراقى ونقله عن جمع ، لكن الذى فى الروضة كأصلها إن أوجبناه فعليه المؤنة وإلا فلا (وإن أخذ) ها غير محجور عليه (للتملك) أو الاختصاص ابتداء أو فى الأثناء ولو بعد لقطه لحفظ (لزمه) مؤنة التعريف وإن لم يتملك بعد ذلك لأن الحفظ له فى ظنه وقت التعريف (وقيل إن لم يتملك فعلى المالك) لعود الفائدة له . وعبر عن حكاية هذا فى الروضة بقوله وقيل إن ظهر المالك فعليه وهو الأولى ليشمل ظهوره بعد التملك ، أما المحجور عليه فلا يخرج وليه مؤنته من ماله وإن رأى التملك أحظ له بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبيع جزءا منها لمؤنته وإن نازع الأذرعى فيه (والأصح أن الحقير) قيل هو دينار وقيل درهم وقيل وزنه وقيل دون نصاب السرقة والأصح عندهما عدم تقريره بل مايظن أن صاحبه لايكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالبا (لايعرف سنة) لأن فاقده لايتأسف عليه سنة . والثانى يعرف سنة لعموم الأخبار ، وأطال جمع فى ترجيحه بأن الذى عليه الأكثرون وهو الموافق لقولهما بتعريف الاختصاص سنة ثم يختص به ، ودفع بأن الكلام كما هو واضح فى اختصاص عظيم المنفعة يكثر أسف فاقده عليه سنة غالبا (بل) الأصح أنه لايلزمه أن يعرفه إلا (زمنا يظن أن فاقده يعرض عنه) بعده (غالبا) ويختلف باختلافه فدانق الفضة حالا والذهب نحو ثلاثة أيام ، وبما قررنا به كلامه الدال عليه السياق اندفع ماقيل الأولى أن يقول لايعرض عنه أو إلى زمن يظن أن فاقده يعرض عنه فيجعل ذلك الزمن غاية لترك التعريف لا ظرفا

البلقينى اهـ حج (قوله لأن المصلحة للمالك) فيه نظر بالنسبة لقوله أو لا لحفظ الخ فإن له فيها التملك بعد مضى مدة التعريف على مايفيده قوله قبل وله تملكها بشرطه اتفاقا ، لكن مقتضى قوله فى أول الفصل الآتى بعد قصده تملكها أنه لايعتد بتعريفه قبل ذلك ، وعليه فيقرب شبهها بمن التقط للحفظ (قوله لكن مقتضى كلامهما الخ) معتمد سم عن مر (قوله على المالك) أى فلو لم يظهر المالك كانت من الأموال الضائعة فيبيعها وكيل بيت المال وله الرجوع على بيت المال بما أخذ منه (قوله فمتبرع) أى إن أنفق من ماله وإلا فيضمن بدل ما أنفقه من بيت المال له (قوله بل مايظن أن صاحبه الخ) أى باعتبار الغالب من أحوال الناس فلا يرد أن صاحبه قد يكون شديد البخل فيدوم أسفه على التافه (قوله وبما قررنا) أى من قوله لايلزمه أن يعرفه الخ

حيثية تعليل لا حيثية تقييد (قوله رادا) أى العراقى وشيخه البلقينى (قوله بحصول المقصود) متعلق برادا (قوله فيجتهد) أى القاضى (قوله فإن اتفق) أى الملتقط (قوله وسواء فى ذلك) أى ما ذكر فى المتن من الوجوه الأربعة (قوله اندفع ماقيل الأولى الخ) قال الشهاب سم : لايخفى أن هذا إنما يدفع دعوى الفساد لا الأولوية

للتعريف ، ولهذا أشار الشارح لردّه بقوله بعد ذلك الزمن ومحل ماتقرر فى المتمول ، أما غيره كحبة زبيب فإنه يستبدّ واجده به ولو فى حرم مكة كما هو ظاهر ، فقد سمع عمر رضى الله عنه من ينشد فى الطواف زبيبة : فقال إن من الورع مايمقته الله ، ورأى صلى الله عليه وسلم تمرة فى الطريق فقال « لولا أخشى أن تكون صدقة لأكلتها » ولا يشكل ذلك بكون الإمام يلزمه أخذ المال الضائع لحفظه لأن ذلك يقتضى إعراض مالكها عنها وخروجها عن ملكه فهى الآن مباحة فتركها لمن يريد تملكها مشيرا به إلى ذلك ، ويجوز أخذ سنابل الحصادين التى اعتيد الإعراض عنها ، وقول الزركشى : ينبغى تخصيصه بما لا زكاة فيه أو لمن يحل له كالفقير مردود بأن الأوجه اغتفار ذلك كما جرى عليه السلف والخلف ، وما بحثه بعضهم من تقييده بما ليس فيه حق لمن لايعبر عن نفسه اعترضه البلقينى بأن ذلك إنما يظهر فى نحو الكسر مما قد يقصد وسبقت اليد إليه بخلاف السنابل ، وألحق بها أخذ ماء مملوك يتسامح به عادة كما مرّ .

(فصل) فى تملكها وغرمها وما يتبعها

(إذا عرف اللقطة) بعد قصده تملكها (سنة) أو دونها فى الحقير جاز له تملكها ولو هاشميا أو فقيرا إلا فى صور مرت كأن أخذ للخيانة أو أعرض عنه أوكانت أمة تحل له ، وقول الزركشى : ينبغى أن يعرفها ثم تباع ويتملك ثمنها نظير مامر فيما يتسارع فساده مردود ، إذ الفرق بينهما أن هذا مانعه عرضى وهى مانعها ذاتى يتعلق بالبضع فاختص بمزيد احتياط وإذا أراده (لم يملكها حتى يختاره بلفظ) من ناطق صريح فيه

(قوله فإنه يستبد واجده) هل يملك بمجرد الأخذ أويتوقف الملك على قصد التملك أوعلى لفظ أو لايملكه لعدم تموّله وينبغى أن لايحتاج إلى تملك لأنه مما يعرض عنه وما يعرض عنه أطلقوا أنه يملك بالأخذ اه سم على حج (قوله اغتفار ذلك) أى اغتفار أخذه وإن تعلقت به الزكاة (قوله بخلاف السنابل) أى فإنها ليست مقصودة بل أربابها يعرضون عنها ويقصدها غيرهم بالأخذ ، وقضية ذلك أنه لايجب على الولىّ جمعها للمولى عليه وإن أمكن وكان لها وقع وفيه نظر اه سم على حج .أقول: وقد يقال إن كان لها وقع وسهل جمعها بحيث لو استؤجر من يجمعها كان للباقى بعد الأجرة وقع وجب وإلا فلا .

(فصل) فى تملكها وغرمها

(قوله بعد قصده تملكها) قضية التقييد بما ذكر أنه إذا أخذ لابقصد حفظ ولا تملك ثم عرف قبل قصد التملك لايعتد بتعريفه (قوله أو أعرض عنه) قال فى شرح الروض : ولو دفعها للحاكم وترك تعريفها وتملكها ثم استقال : أى طلب من الحاكم إقالته منها ليعرفها ويتملكها منع من ذلك لأنه أسقط حقه اه سم على حج . وقد تقدم التصريح بذلك فى قول الشارح وقد يمتنع التملك كالبعير المقلد وكما لو دفعها للقاضى معرضا الخ (قوله ينبغى أن يعرفها) أى الأمة التى تحل له

(قوله ولا يشكل ذلك) أى مافعله النبى صلى الله عليه وسلم .

(فصل) فى تملكها وغرمها

(قوله ولو هاشميا) أى ولا يقال إنه يمتنع عليه لاحتمال أنها من صدقة فرض ، وقوله أو فقيرا : أى ولا يقال

(كتملكت) أو كناية مع النية كما هو قياس سائر الأبواب (ونحوه) كأخذته أو إشارة أخرس مفهمة كما قاله الزركشي ، وبحث النجم ابن الرفعة أنه لابد فى الاختصاص الذى كان لغيره أن ينقله لنفسه (وقيل تكفى النية) أى تجديد قصد التملك لانتفاء المعاوضة والإيجاب (وقيل يملكها بمضى السنة) بعد التعريف اكتفاء بقصد التملك السابق ، وقول الشارح فمن التقط للحفظ دائما وقلنا بوجوب التعريف وعرّف سنة فبدا له التملك لا يأتى فيه هذا الوجه كما صرح به الإمام والغزالى فى البسيط . وإن لم توجب التعريف عليه فعرف ثم بدا له قصد التملك لايعتد بما عرف من قبل يقتضى بظاهره أنه لو عرفه مدة قبل قصد تملكه ثم قصده اعتد بما مضى . وبنى عليه على القول الراجح وهو وجوب التعريف والمعتمد الاستئناف فيه أيضا (فإن تملكها) أى اللقطة ولم يظهر مالكها فلا مطالبة بها فى الآخرة لأنها من كسبه كما فى شرح مسلم أو (فظهر المالك) وهى باقية بحالها (واتفقا على رد عينها) أو بدلها (فذاك) ظاهر إذ الحق لهما لايعدوهما ، ويجب على الملتقط ردّها لمالكها إذ اعلمه ولم يتعلق بها حق لازم

(قوله كتملكت) هل يشترط فى صحة التملك معرفتها حتى لو جهلت له لم يصح فيه نظر فليراجع ، ولا يبعد الاشتراط وهى نظير القرض بل قالوا إن ملكها ملك قرض فلينظر هل يملك القرض المجهول م ر .

[فرع] قال فى شرح الروض والظاهر أن ولد اللقطة كاللقطة إن كانت حاملا به عند التقاطها وانفصل منها قبل تملكها ويملكه تبعا لأمه ، وعليه يحمل قول من قال إنه يملك بعد التعريف لأمه : أى ويتملكها اهـ سم على حج . أقول : قول سم ولا يبعد الاشتراط قد يستفاد الاشتراط من قول الشارح السابق أما عند تملكها فالأوجه وجوب معرفة ذلك ليعلم مايرده لمالكها لو ظهر ، وقوله أيضا هل يملك القرض المجهول . أقول : الظاهر أنه لايملك القرض المجهول لتعذر رد مثله مع الجهل ، وقضية قوله وانفصل منها قبل تملكها أنها لو حملت به بعد الالتقاط وانفصل قبل التملك أنه لايملكه تبعا لأمه ، وعليه فينبغى أن المراد أنه لايملكه بتملك أمه بل يتوقف على تملك له بخصوصه ، وينبغى أيضا أن ماحملت به بعد الالتقاط ولم ينفصل قبل التملك أنه يتبعها فى التملك كما يتبعها فى البيع (قوله كان لغيره أن ينقله) أى بأن يقول نقلت الاختصاص به إلىّ (قوله فلا مطالبة الخ) لو تملك مايسرع فساده فى الحال وأكله ثم عرفه ولم يتملك القيمة هل تسقط المطالبة أيضا فى الآخرة أو لا فيه نظر ، ويتجه الثانى اهـ سم على حج . وقال شيخنا الزيادى بعد مثل ماذكره الشارح : وينبغى أن يكون محله إذا غرم على ردها أو رد بدلها إذا ظهر مالكها ، وقضية كلام الشارح أنه لافرق وقد يوجه بأنه حيث أتى بما وجب عليه من التعريف وتملك صارت من جملة أكسابه ، وعدم نيته ردّها إلى مالكها لايزيل ملكه وإن أثم به ، وعلى ماقاله شيخنا فينبغى أن يلحق به مالو لم يقصد ردا ولا عدمه (قوله وهى باقية بحالها) لو كان زال ملكه عنها ثم عاد فالمتجه أنه كما لو لم يزل مراه سم على حج (قوله أو بدلها) هل يشترط إيجاب وقبول بالقياس الاشتراط إن كان الملك ينتقض بمجرد ظهور المالك ، ويدل على انتقاض الملك بمجرد ظهور المالك وجوب الرد للمالك حيث علم قبل طلبه اهـ سم على حج .. وقد يقال : قوله إن كان الملك ينتقض الخ إنما يقتضى عدم الاشتراط فليراجع من نسخة صحيحة

إن الفقير لايقدر على بدلها عند ظهور مالكها هكذا ظهر فليراجع (قوله أن ينقله لنفسه) أى بلفظ وعبارة التحفة ، وبحث ابن الرفعة أنه لابد فى الاختصاص ككلب وخمر محترمين من لفظ يدل على نقل الاختصاص ، الذى كان لغيره لنفسه انتهت (قوله يقتضى بظاهره) يعنى كلامه الأخير حيث قيد فيه الحكم بما إذا لم نوجب التعريف عليه

قبل طلبه كما قاله الرافعى فى باب الوديعة ومؤنة الرد عليه ، فإن ردّها قبل تملكها فمؤنته على مالكها كما قاله الماوردى ، ويردها بزيادتها المتصلة لا المنفصلة إن حدثت بعد التملك ، وإلا رجع فيها لحدوثها بملكه (وإن أرادها المالك وأراد الملتقط العدول إلى بدلها أجيب المالك فى الأصح) كالقرض ، ومن ثم لو تعلق بها حق لازم تعين البدل ، فإن لم يتنازعا وردّها سليمة لزمه القبول . والثانى يجاب الملتقط لأنه ملكها كما قيل به فى القرض ، فلو ظهر مالكها بعد بيع الملتقط لها وقبل لزوم العقد بأن كان فى زمن خيار لم يختص بالمشترى فله الفسخ وأخذها كما جزم به ابن المقرى ، ويوافقه قول الماوردى للبائع الرجوع فى المبيع إذا باعه المشترى وحجر عليه بالفلس فى زمن الخيار ، والفرق بينهما بأن الحجر ثم مقتض للتفويت بخلافه هنا غير مؤثر ، والأوجه أن الملتقط لا يجبر على الفسخ لكن قضية كلام الرافعى ترجيح انفساخه إن لم يفسخه (وإن تلفت) اللقطة حسا أو شرعا بعد تملكها (غرم مثلها) إن كانت مثلية (أو قيمتها) إن كانت متقوّمة ، وما بحثه ابن الرفعة أخذا من تشبيهها بالقرض أنه يجب فيما له مثل صورى ردّ المثل الصورى ردّه الأذرعى بأنه لا يبعد الفرق وهو كذلك ، لأن ذاك يملك برضا المالك واختياره فروعى وهذا قهرى عليه ، فكان بضمان اليد أشبه أما المختصة فلا بدل لها ولا لمنفعتها كالكلب (يوم التملك) أى وقته لأنه وقت دخولها فى ضمانه (وإن نقصت بعيب) أو نحوه طرأ بعد التملك (فله) بل عليه لو طلب مالكها بدلها والملتقط ردّها مع أرشها (أخذها مع الأرش فى الأصح) إذ القاعدة أن ما ضمن جميعه عند التلف ضمن بعضه عند النقص إلا ما استثنى وهو المعجل فإنه لا يجب أرشه كما مر . والثانى لا أرش له ، وله على الوجهين الرجوع إلى بدلها سليمة (، إذا ادّعاها رجل) مثلا (ولم يصفها) بصفاتها السابقة (ولا بينة) له بها يثبت بها الملك ولم يعلم الملتقط أنها له (لم تدفع إليه) أى لم يجز دفعها إليه لخبر « لو يعطى الناس بدعواهم » ولا يكفى إخبار البينة له بل لابد من سماع الحاكم لها وقضائه على الملتقط بالدفع كما فى الكفاية . نعم لو خشى منه انتزاعها لشدة جوره ، فيحتمل الاكتفاء بإخبارها للملتقط ، ويحتمل أنهما يحكمان من يسمعها ويقضى للمالك بها ، إذ الحاكم حينئذ كالعدم وهو أوجه (وإن وصفها) وصفا أحاط بجميع صفاتها (وظن) الملتقط (صدقه جاز الدفع) إليه قطعا

فلعله لا ينتقض (قوله ومؤنة الرد عليه) أى الملتقط (قوله ويردّها بزيادتها المتصلة) قال فى شرح الروض : وإن حدثت بعد التملك تبعا للأصل بل لو حدثت قبله ثم انفصلت ردّها كنظيره من الرد بالعيب ، فلو التقط حائلا فحملت قبل تملكها ثم ولدت رد الولد مع الأم اهـ .

[تنبيه] هل يجب تعريف هذا الولد بعد انفصاله مع الأم أولا لأنه لم يلتقطه ، وعلى الأوّل فهل يكفى ما بقى من تعريف الأم ؟ فيه نظر اهـ سم على حج . أقول : نعم يكفى ما بقى من تعريف الأم لأنه تابع ، وبقى ما لو انفصل بعد تمام التعريف وقبل التملك فهل يسقط التعريف ؟ فيه نظر ، والظاهر سقوطه اكتفاء بما سبق من تعريف الأم (قوله وإلا رجع) أى المالك ، وقوله لزمه : أى المالك ، وقوله لم يختص بالمشترى : أى بأن كان للبائع أو لهما ، وقوله فله : أى المالك (قوله وإن تلفت اللقطة) المملوكة اهـ حج . وقوله حسا : أى بأن ماتت ، وقوله أو شرعا كأن أعتقها الملتقط (قوله أما المختصة) قسيم للمملوكة المفهومة من قوله بعد تملكها (قوله مع الأرش) هو ما نقص من قيمتها ، لكن هل العبرة بقيمتها وقت الالتقاط ، أو وقت التملك ، أو وقت طروّ العيب ، ، ولو بعد التملك فيه نظر ، والأقرب الأخير لأنه لو ظهر مالكها قبيل طروّ العيب لوجب ردّها كذلك (قوله إخبارها) أى

(قوله قبل طلبه) متعلق بقوله ردها وكان الأولى تقديمه على قوله ولم يتعلق الخ (قوله وهو المعجل) أى فى الزكاة

محلا بظنه بل نص الشافعى على استحبابه : أى إن اتحد الواصف . وإلا بأن ادعاها كلّ لنفسه ووصفها لم تسلم لأحد إلا بحجة كبينة سليمة من المعارض (ولا يجب على المذهب) لأنه مدّع فيحتاج إلى بينة كغيره ، وفى وجه من الطريق الثانى يجب لأن إقامة البينة عليها قد تعسر . أما عند عدم ظن صدقه فيمتنع دفعها له . فإن قال مدّعيها إنك تعلم كونها لى حلفه على نفى علمه بذلك أو يلزمك تسليمها إلى حلف أنه لايلزمه ذلك ، وقيده بعض الشراح بمن لم يعتقد وجوب الدفع بالوصف وإلا فلا يلزمه ذلك ، فإن نكل ولم يكن تملكها فهل تردّ هذه اليمين كغيرها أو لا لأن الرد كالإقرار ، وإقرار الملتقط غير مقبول على مالكها بفرض أنه غير الواصف . كل محتمل والأوّل أقرب ، ولو تلفت فشهدت البينة بوصفها ثبتت ولزمه بدلها كما فى البحر عن النص . وظاهر أن محله إن ثبت بإقراره أو غيره أن ماشهدت به البينة من الوصف هو وصفها (فإن دفع) الملتقط اللقطة لشخص بالوصف من غير إجبار حاكم يراه (وأقام آخر بينة بها) أى بأنها ملكه وأنها لا تعلم إنتقالها منه كما قاله الشيخ أبو حامد وغيره (حوّلت) من الأوّل (إليه) لأن الحجة توجب الدفع بخلاف الوصف المجرد (فإن تلفت عنده) أى الواصف المدفوع إليه (فله تضمين الملتقط) لأنه بان أنه سلم ما ليس له تسليمه إلا أن يلزمه حاكم بالدفع يرى وجوبه بالوصف فلا ضمان عليه لانتفاء تقصيره (والمدفوع إليه) لأنه بان أنه أخذ ملك غيره وخرج بدفع اللقطة مالو تلفت عنده بعد تملكها ثم غرم للواصف قيمتها فليس للمالك تغريمه لأن ما أخذه مال الملتقط لا المدّعى (والقرار عليه) أى المدفوع إليه لتلفه فى يده فيرجع الملتقط عليه بما غرمه إن لم يقر له بالملك لأنه حينئذ يزعم أن الظالم هو ذو البينة وفارق مالو اعترف المشترى للبائع بالملك ثم استحق المبيع فإنه يرجع عليه بالثمن لأنه إنما اعترف له بالملك لظاهر اليد بأن اليد دليل الملك شرعا فعذر بالاعتراف المستند إليها ، بخلاف الوصف فكان مقصرا بالاعتراف المستند إليه (قلت : لاتحل لقطة الحرم) المكى (للتملك) ولو بلاقصد تملك ولا حفظ (على الصحيح) بل لاتحل إلا للحفظ أبدا لخبر « لاتحل لقطته إلا لمنشد » أى لمعرف على الدوام وإلا فسائر البلاد كذلك فلا فائدة فى التخصيص ، وادعاء أنها دفع إيهام الاكتفاء بتعريفها فى الموسم يمنعه أنه لو كان هو المراد لبينه . وإلا فإيهام ما قلناه المتبارد منه أشدّ ولكثرة تكرر عود الناس له فربما عاد مالكها أو نائبه فغلظ على آخذها بتعين حفظها كما غلظ على القاتل فيه خطأ بتغليظ الدية عليه مع عدم إساءته . والثانى تحل والمراد بالخبر تأكيد التعريف لها سنة ، وخرج بالحرم الحل ولو عرفة ومصلى إبراهيم كما صححه فى الانتصار لأن ذلك من خصائص الحرم وبالمكى حرم المدينة الشريفة فليس له حكمه فى ذلك كما اقتضاه كلام الجمهور وصرّح به الدارمى والرويانى خلافا للبلقينى (ويجب تعريفها) أى

البينة (قوله حلفه) أى وجوبا . فإن نكل ردّت اليمين على المدعى وقضى له بها كما سيأتى فى قوله فإن نكل الخ (قوله وإلافلا يلزمه ذلك) أى وإن اعتقد المدعى عليه أنه يلزم تسليمها بالوصف لايلزمه الحلف أنه لايلزمه التسليم بل يطالبه ببينة (قول والأول أقرب) هو قوله فهل ترد هذه اليمين كغيرها وفائدة الرد أنه يلزم بتسليمها للمدعى (قوله فليس للمالك تغريمه) أى وإنما يغرم الملتقط بدلها ويرجع به على من تلفت تحت يده (قوله أى لمعرّف) هكذا قاله الشافعى (قوله وادّعاء أنها الخ) أى فائدة التخصيص (قوله والمراد) أى على الثانى

(قوله كبينة سليمة من المعارض) مثال للحجة (قوله ولم يكن تمليكها) أى أما إذا كان تملكها فتردّ عليه اليمين من غير تردد لأنه مالك (قوله ماليس له تسليمه) أى فى الواقع وإن جاز فى الظاهر كما مر .

اللقطة فيه للحفظ (قطعا ، والله أعلم) للخبر فتلزمه الإقامة له أو دفعها للحاكم : أى إن كان أمينا ، فإن أراد سفرا ولا حاكم أمين فالأوجه جواز دفعها لأمين ، ولو التقط مالا ثم ادّعى أنه ملكه صدّق بيمينه كما فى الكفاية ، وقيده الغزى بما إذا لم يكن منازع ، بخلاف مالو التقط صغيرا ثم ادّعى ملكه لايقبل قوله فيه ، ولو التقط اثنان ثم ترك أحدهما حقه منه للآخر لم يسقط وإن أقام كل منهما بينة بأنه الملتقط ، ولا تاريخ تعارضتا وتساقطتا ، ولو سقطت من ملتقطها فالتقطها آخر فالأول أولى بها منه لسبقه ، ولو أمر آخر بالتقاط شيء رآه فأخذه فهو للآمر إن قصده الآخر ، وإن قصد الآمر ونفسه فلهما ، ولا ينافيه مامر من عدم صحة التوكيل فى الالتقاط لأن ذاك فى عمومه ، وهذا فى خصوص لقطة ، وإن رآها مطروحة على الأرض فدفعها برجله وتركها حتى ضاعت لم يضمنها .

كتاب اللقيط

فعيل بمعنى مفعول وهو من يأتى ، سمى لقيطا وملقوطا باعتبار أنه يلقط ، ومنبوذا باعتبار أنه ينبذ وتسميته بذينك قبل أخذه وإن كان مجازا لكنه صار حقيقة شرعية ، وكذا تسميته منبوذا بعد أخذه بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه ، ويسمى أيضا دعيا وهو شرعا طفل نبيذ بنحو شارع لايعرف له مدّع فهو من مجاز الأول

(قوله قطعا) أى فإن أيس من معرفة مالكها فينبغى أن تكون مالا ضائعا أمره لبيت المال (قوله فالأوجه جواز دفعها لأمين) أى غير الحاكم ، فلو بان عدم أمانته فيحتمل تضمين الملتقط لتقصيره بعدم البحث عن حاله ، ويحتمل خلافه قياسا على مالو أشهد مستورين فبانا فاسقين ولعله الأقرب (قوله كما فى الكفاية) ظاهره ولو بعد اعترافه بأنه لقطة وتعريفه اهـ سم على حج (قوله وقيده الغزى الخ) معتمد (قوله لم يسقط) أى فإن أراد التخلص رفع الأمر إلى الحاكم كما لو لم يتعدّد الملتقط (قوله وتساقطتا) أى فتبقى فى يد الملتقط ، فلو ادعى عليه كل أنه يعلم أنها حقه ، فإن حلف لكل تركت فى يده ، وإن نكل فإن حلف أحدهما سلمت له أو حلفا جعلت فى أيديهما وكذا لو تنازعا ولا بينة لأحدهما فلكل منهما تحليف الملتقط الخ (قوله إن قصده الآخر) وينبغى أن مثله مالو أطلق حملا له على امتثال أمره (قوله فدفعها برجله) أى ولم تنفصل عن الأرض .

كتاب اللقيط

(قوله ينبذ) أى يطرح وقوله وتسميته مبتدأ خبره لكنه ، وقوله بناء على زوال الخ معتمد (قوله ويسمى أيضا دعيا) أى للجهل بمن ينسب إليه . وفى المختار : والداعى من تبنيته اهـ ولا يتقيد الحكم هنا بذلك (قوله طفل نبيذ) أى منبوذ (قوله فهو من مجاز الأول) قد يقال هذا بحسب اللغة ، أما فى عرف أهل الشرع فهو حقيقة كما قدمه اهـ سم على حج . أقول : قوله كما قدمه : أى فى قوله وتسميته الخ ، ومقتضى قول الشارح قبل : وكذا تسميته منبوذا بعد أخذه بناء الخ يقتضى أن تسميته منبوذا قبل الأخذ حقيقة لغوية وبعده مجاز باعتبار ماكان

كتاب اللقيط

(قوله وإن كان مجازا) أى مجاز أول كما سيأتى (قوله فهو) أى اللقيط

وذكر الطفل للغالب . والأصل فيه قوله تعالى ـ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ـ وقوله ـ وافعلوا الخير ـ وأركانها لاقط ولقيط ولقط ، وستعلم من كلامه (التقاط المنبوذ) أى المطروح والتعبير به للغالب أيضا كما علم (فرض كفاية) حفظا للنفس المحترمة عن الهلاك هذا إن علم متعدّد ولو مرتبا على الأصح كما قال السبكى إنه الذى يجب القطع به وإلا ففرض عين ، وفارق مامر فى اللقطة بأن المغلب فيها معنى الاكتساب التى جبلت النفوس على حبه كالوطء فى النكاح (ويجب الإشهاد عليه) أى الالتقاط وإن كان الملتقط مشهور العدالة (فى الأصح) لئلا يسترق ويضيع نسبه المبنى على الاحتياط له أكثر من المال ، وإنما وجب على مامعه بطريق التبعية له فلا ينافيه مامر فى اللقطة . والثانى لايجب اعتمادا على الأمانة كاللقطة ودفع بما مر . ومتى ترك الإشهاد عند وجوبه لم يثبت له عليه ولاية الحضانة مالم يتب ويشهد فيكون التقاطا جديدا من حينئذ كما بحثه السبكى مصرحا بأن ترك الإشهاد فسق ، ومحل وجوبه كما قاله الماوردى وغيره مالم يسلمه له الحاكم فإن سلمه له سن ولم يجب . نعم تعليله بأن تسليمه حكم فأغنى عن الإشهاد مفرع على أن تصرف الحاكم حكم ، والأصح خلافه ، فالوجه تعليله بأن تسليم الحاكم فيه معنى الإشهاد فأغنى عنه (ويجوز التقاط) الصبى (المميز) لأن فيه حفظا له وقياما بتربيته ، بل لو خاف ضياعه لم يبعد وجوب التقاطه ،

عليه (قوله وذكر الطفل للغالب) إذ الأصح أن المميز والبالغ المجنون يلتقطان لاحتياجهما إلى التعهد اهـ حج . وهو صريح فى أن المميز لايسمى طفلا ويشعر به قول المصنف : ويجوز التقاط المميز وهو أحد قولين فى اللغة ، فى المصباح الطفل : الولد الصغير من الإنسان والدواب ، ثم قال : قال بعضهم : ويبقى هذا الاسم للولد حتى يميز ، ثم لايقال له بعد ذلك طفل بل صبىّ وحزور ويافع ومراهق وبالغ ، وفى التهذيب يقال له طفل إلى أن يحتلم (قوله كما علم) لم يتقدم له مايعلم منه ذلك . نعم يأتى فى كلام المصنف والشارح مايعلم منه ذلك حيث قال : وأيضا يصح التقاط المميز . نعم المجنون كالصبىّ لكن سبق فى حج تسميته بذلك ، ثم قال هنا كما علم وهو ظاهر (قوله فرض كفاية) ولو على فسقه علموا به فيجب عليهم الالتقاط ولا تثبت الولاية لهم : أى فعلى الحاكم انتزاعه منهم ، ولعل سكوتهم عن هذا لعلمه من كلامهم (قوله وفارق مامر فى اللقطة) أى من استحبابها (قوله ويجب الإشهاد) أى لرجلين ولو مستورين لأنه يعسر عليه إقامة العدلين ظاهرا وباطنا (قوله مشهور العدالة) أى ثابتها بأن ثبتت بالمزكين واشتهرت حملا للفظ على فرده الكامل فغيره كمستور العدالة من باب أولى (قوله وإنما وجب على مامعه) المنصوص على وجوبه فى المختصر اهـ حج . وقياس مامر فى اللقطة من امتناع الإشهاد إذا خاف عليها ظالما أنه هنا كذلك (قوله فى اللقطة) وقد يقال لا منافاة وإن لم تعتبر التبعية لأن المغلب فيها معنى الكسب وفى الالتقاط الولاية على اللقيط وما معه (قوله مالم يتب ويشهد) قضية جعله الولاية مسلوبة إلى التوبة أن ترك الإشهاد كبيرة ويفيده كلام السبكى الآتى (قوله فيه معنى الإشهاد) أى وإن لم يكن بمجلسه أحد ، فلعله أن مايفعله الحاكم يشتهر أمره فيستفاد به العلم بالالتقاط وهو بمنزلة الشهادة (قوله لم يبعد وجوب التقاطه) عبارة شرح البهجة : ولقط غير

(قوله وأركانه) أى اللقط المفهوم من اللقيط أو أركان الباب (قوله كما علم) لعله من قوله وذكر الطفل للغالب (قوله سنّ ولم يجب) بحث الشهاب سم أن محله إن كان الحاكم ممن يحكم بعلمه : أى لأنه حينئذ يقضى بعلمه فى شأن الطفل إذا استرق لكن ينازع فيه قول الشارح الآتى فالوجه تعليله الخ فتأمل (قوله والأصح خلافه) أى من حيث

ويجب ردّه من له كافل كوصى وقاض وملتقط لكافله ، وخرج بالصبى البالغ لاستغنائه عن الحفظ . نعم المجنون كالصبى ، وتعبيرهم به جرى على الغالب كما قاله السبكى وغيره (وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف حرّ) غنىّ أو فقير (مسلم) إن حكم بإسلام اللقيط تبعا للدار ، وإلا فللكافر العدل فى دينه التقاطه ، والأوجه كما بحثه ابن الرفعة واقتضاه كلامهم جواز التقاط اليهودى للنصرانى وعكسه كالتوارث خلافا للأذرعى (عدل) ظاهرا فشمل المستور وسيصرح بأهليته . نعم يوكل به الحاكم من يراقبه خفية لئلا يتأذى ، فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة (رشيد) ولو أنثى ، ومقتضى كلامه وجود العدالة مع عدم الرشد ، ولا ينافيه خلافا لمن توهمه اشتراطهم فى قبول الشهادة السلامة من الحجر لأن العدالة السلامة من الفسق وإن لم تقبل معها الشهادة ، والسفيه قد لا يفسق ، والأوجه كما بحثه الأذرعى اعتبار البصر وعدم نحو برص إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه كما فى الحاضنة (ولو التقط عبد) أى قن ولو مكاتبا ومبعضا ولو فى نوبته كما رجحه الأذرعى وغيره (بغير إذن سيده انتزع) اللقيط (منه) لأنه ولاية وتبرع وهو غير أهل لهما (فإن علم به) أى السيد (فأقره عنده) أو التقط ، بإذنه (فالسيد الملتقط) والعبد نائبه فى الأخذ والتربية ، ومحل ذلك فى غير المكاتب ، أما هو فلا يكون نائبا عنه عند أمره بمطلق الالتقاط لاستقلاله ولا لاقطا لنقصه ، ولا يكون السيد لاقطا إلا إن قال له التقط لى ، ولو أذن لمبعض

بالغ ولو مميزا إن نبذ فرض اه . وهى كالصريحة فى وجوب التقاط المميز مطلقا ، وكذا صنيع المنهج وشرحه فليراجع اه سم على حج (قوله ويجب رد الخ) أى بأن يأخذ الواجد له ويوصله إليه ، وليس المراد أنه إذا أخذه يجب رده ، ولا يجب عليه أخذه ابتداء (قوله وتعبيرهم به) أى الصبى (قوله وعكسه) أى ثم بعد البلوغ إن اختار دين أبيه فذاك ، وإلا بأن لم يختره لجهله به أو غيرهُ فهو على دين اللاقط فيقر عليه لأنا نقر كلا من اليهودى والنصرانى على ملته ، وهذا لما لم يعلم له ملة يطلب منه تمسكه بها كان كمن لم يتمسك فى الأصل بدين ، ثم لما طلب منه التمسك بملة ، وقد سبق له قبل تمسك بملة اللاقط أقر (قوله نعم يوكل به) أى وجوبا (قوله من يراقبه) ظاهره الاكتفاء بواحد ومؤنته فى بيت المال (قوله مع عدم الرشد) أى وهو كذلك كما يأتى فى قوله والسفيه قد لا يفسق (قوله والسفيه قد لا يفسق) أى بأن يضيع المال بغبن فاحش من الجهل بقيمته ، والفاسق قد لا يحجر عليه بأن بلغ مصلحا لدينه وماله ثم فسق (قوله وعدم نحو برص) كالجذام ونحوه مما ينفرد عادة (قوله بإذنه) كأن قال خذه وإن لم يقل لى فيما يظهر خلافا لما يوهمه كلام شارح ، وشرط قوله ذلك له وهو غائب عنه عدالة القنّ ورشده فيما يظهر اه حج (قوله ومحل ذلك فى غير المكاتب) أى الإقرار فى يد العبد والإذن له فى الالتقاط ، ويدل على هذا صنيع سم على حج حيث قال قوله فأقرّه عنده الخ يتجه استثناء المكاتب فلا يكون الملتقط السيد لأن مجرد إقراره لا يزيد على مطلق أمره بالالتقاط الذى لا يكون السيد بمجرده ملتقطا كما يأتى فى قوله بخلاف المكاتب الخ ، والمبعض فى نوبة نفسه إذ مجرد إقراره فيها لا يزيد على مطلق إذنه فيها مع بطلان التقاطه حينئذ وعدم وقوعه للسيد كما يأتى فى قوله ولو أذن لمبعض الخ فتأمله ، اللهم إلا أن يدّعى زيادة مجرد الإقرار على ماذكر وهو فى غاية البعد كما لا يخفى ، ثم بحثت بذلك مع م ر فوافق اه . (قوله أما هو) أى المكاتب (قوله لنقصه) أى فينزع اللقيط منه وإن أذن فيه السيد اه محلى (قوله إلا إن قال له التقط لى) أى هذا لما مرّ أن الإذن فى مطلق الالتقاط لا يكفى . وعليه فيفرق بينه وبين غير المكاتب على مامرّ فيه عن حج بأن للمكاتب يدا وتصرفا (قوله ولو أذن لمبعض) محترز

إطلاقه . وإلا فسيأتى فى الفرائض أنه حكم فى قضية رفعت له وطلب منه فصلها (قوله وتعبيرهم به جرى على الغالب)

ولا مهايأة أو كانت والتقط فى توبة السيد فكالقن أو فى نوبة المبعض فباطل فى أوجه الوجهين (ولو التقط صبى) أو مجنون (أو فاسق أو محجور عليه) بسفه ولو كافرا (أو كافر مسلما انتزع) أى انتزعه الحاكم منه كما قاله شارح التعجيز وجوبا لعدم أهليتهم ، أما المحكوم بكفره بالدار فيقر بيد الكافر كما مرّ (ولو ازدحم اثنان على أخذه) وأراده كل منهما وهما أهل (جعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما) إذ لا حق لهما قبل أخذه فلزمه رعاية الأحظ له (وإن سبق واحد فالتقطه منع الآخر من مزاحمته) لخبر « من سبق إلى مالم يسبق إليه فهو أحق به » أما لو لم يلتقطه فلا حق له وإن وقف عند رأسه (وإن التقطاه معا وهما أهل) لحفظه وحفظ ماله (فالأصح أنه يقدم غنى) والأوجه ضبطه بغنى الزكاة بدليل مقابلته بالفقير (على فقير) لأنه أرفق به غالبا وقد يواسيه بماله ، وبقولى غالبا اندفع ما للأذرعى وغيره هنا . ولا عبرة بتفاوتهما فى الغنى إلا أن يتميز أحدهما بنحو سخاء وحسن خلق كما بحثه بعضهم ، وظاهر أنه يقدم الغنى على الفقير وإن كان الأول بخيلا والثانى يستوى فيه الغنى والفقير لأن نفقة

قول المصنف بغير إذن سيده (قوله فكالقن) أى فى التفصيل المارّ (قوله فى أوجه الوجهين) مالم يقل له عنى اهـ (قوله أو فاسق) قال فى الروض : وكذا من لم يختبر : أى حاله اهـ سم على حج : أى والمراد أنه لم يكن ظاهرا مدة العدالة ، وإلا لم ينزع منه لما مر أن المستور يصح التقاطه ويوكل الحاكم من يراقبه خفية (قوله أو كافر مسلما) أى حقيقة لا لكونه مسلما بالحكم بالدار فإنه لو بلغ ووصف الكفر ترك فكأنه لم يحكم بإسلامه ، وبه يتضح قوله أما المحكوم بكفره الخ (قوله انتزعه الحاكم منه) ظاهره أن غير الحاكم لاينتزع لكن ينبغى أنه إذا تعذر كان لغيره الانتزاع مر . ويحتمل أن التقييد بالحاكم لأن المراد الانتزاع القهرى ، وأنه لو تيسر لغيره أخذه على وجه اللقط جاز وكان هذا ابتداء لقط منه لفساد اللقط الأول مر اهـ سم على حج . لكن فى حج بعد قول الشارح انتزع منه وجوبا لانتفاء أهليتهم ، وظاهر تخصيصهم الانتزاع بالحاكم أنه لو أخذه أهل من واحد ممن ذكر لم يقر ، وعليه فيفرق بين هذا وأخذه ابتداء بأنه هنا وجدت يد والنظر فيها حيث وجدت إنما هو للحاكم ، بخلاف ما إذا لم توجد فإنه فى حكم المباح ، فإذا تأهل آخذه لم يعارض اهـ . وهو صريح فى أنه متى كان الآخذ منهم أهلا لايجوز انتزاعه منه لا للحاكم ولا غيره (قوله بالدار) أى بأن وجد بدار ليس بها مسلم (قوله وهما أهل) أى فلو كان أحدهما غير أهل فهو كالعدم ويستقل الأهل به ، فما فى سم على منهج من أن الأهل له نصف الولاية عليه ويعين الحاكم من يتولى النصف الآخر لايخفى مافيه ، ويؤيد أن الحق لايثبت لأكثر من واحد ما سيأتى من أنهما لو تنازعا أقرع ، ولو كان الحق يثبت لأكثر من واحد شرك بينهما (قوله من يراه منهما) قضيته أنه ليس له جعله تحت يدهما معا ، وعليه فقد يوجه بأن جعله تحت يدهما قد يؤدى إلى ضرر الطفل بتواكلهما فى شأنه ، وحينئذ فالقياس أنه لو ازدحم عليه كامل وناقص لصبا أو غيره مما مرّ اختص به الكامل ولايشرك الحاكم بينه وبين غيره فيه ، لكن فى سم على حج أن الحاكم ينتزع النصف من غير الكامل ويجعله تحت يد من شاء من الكامل المزاحم له وغيره وقدمنا مافيه (قوله فالتقطه) أى بأن تناوله بيده وله العمل بعلمه فى هذا (قوله والأوجه ضبطه الخ) أى بخلاف ما يأتى فى قوله قام المسلمون بكفايته ، والفرق اختلاف المدرك مر اهـ سم على حج (قوله بغنى الزكاة) ظاهره ولو كان غناه بكسب ، ولعله غير مراد وأن المراد هنا غنى المال نظير مامر فى الوقف على الفقراء حيث يدخل فيهم الغنى بكسب ويشعر به قول الشارح وقد يواسيه الخ . نعم لو كان أحدهما كسوبا والآخر لاكسب له ولا مال قدّم ذو الكسب (قوله لأنه أرفق به غالبا) وقد يقال الغنى مطلقا أرفق به اهـ سم على حج (قوله وإذا كان الأول بخيلا) ظاهره

هذا تقدم (قوله فباطل) أى مالم يقل له التقط عنى وإلا فهو نائبه كما فى التحفة (قوله ولو كافرا) أى ولو كان

اللقيط لاتجب على ملتقطه (وعدل) باطنا (على مستور) احتياطا للقيط ، ولا يقدم مسلم على كافر فى محكوم بكفره ، ولا امرأة على رجل وإن كانت أصبر على التربية منه إلا مرضعة فى رضيع كما بحثه الأذرعى ، وإلا خلية فتقدم على المتزوّجة كما بحثه الزركشى وما بحثه أيضا من تقديم بصير على أعمى ، وسليم على مجزوم أو أبرص صحيح حيث ثبتت لهم الولاية بالشرط المارّ (فإن استويا) فى الصفات المعتبرة وتشاحا (أقرع) بينهما لانتفاء المرجح ولعدم ميله إليهما طبعا لم يخير المميز واجتماعهما مشق كالمهايأة بينهما ، وليس للقارع ترك حقه كالمنفرد بخلافه قبل القرعة (وإذا وجد بلدى) أو قروى أو بدوى (لقيطا ببلد) أو قرية (فليس له نقله إلى بادية) لخشونة عيشها وفوات العلم والدين والصنعة فيها ، وسواء أكان السفر به للنقلة أم غيرها كما قاله المتولى وأقرّاه . نعم لو قربت البادية من البلد أو القرية بحيث يحصل ذلك المراد منها : أى من غير مشقة كبيرة فيما يظهر جاز النقل إليها لانتفاء العلة ، قاله فى الروضة . ويمتنع أيضا نقله من بلدة إلى قرية لما مرّ ، والبادية خلاف الحاضرة وهى العمارة ، فإن قلّت فقرية أو كبرت فبلد أو عظمت فمدينة ، أو كانت ذات زرع وخصب فلريف (والأصح أن له) أى الملتقط (نقله) أى اللقيط من بلد وجد فيه (إلى بلد آخر) ولو للنقلة كما اقتضاه إطلاقه وصرّح به المتولى لانتفاء المحذور المار لكن يشترط تواصل الأخبار وأمن الطريق وإلا امتنع ولو لدون مسافة القصر . والثانى يمتنع بناء على العلة الثانية ، ولم يفرق الجمهور فى جريان الخلاف بين مسافة القصر ودونها وهو كذلك خلافا لما قطع به الماوردى من الجواز فيما دونها (و) الأصح (أن للغريب إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلده) بالشرطين المذكورين فيما يظهر

وإن أفرط فى البخل وفى شرح الإرشاد مانصه : ويؤخذ منه : أى من كون حظ الطفل عند الغنى أكثر أنه لو علم شح الغنى شحا مفرطا قدم الفقير الذى ليس كذلك عليه لأن الحظ حينئذ عند الفقير أكثر اه . وظاهر كلامهم خلافه اه سم على حج (قوله على مستور) صادق مع فقر العدل وغنى المستور وهو المتجه ، لأن مصلحة العدالة باطنا أرجح من مصلحة الغنى مع الستر إذ قد لايكون عدلا فى الباطن ويسترقه لعدم الديانة المانعة له اه سم على حج (قوله ولا يقدم مسلم على كافر) هلا كان المسلم بالنسبة للكافر كالعدل بالنسبة للمستور لمزيد مزية عدالة المسلم كزيد مزية العدل باطنا اه سم على حج . أقول : وقد يقال المستور قد يكون فاسقا باطنا فلا يكون أهلا للالتقاط ، بخلاف الكافر العدل فى دينه فإن أهليته للالتقاط محققة فكان مع المسلم كمسلمين تفاوتا فى العدالة المحققة أو الغنى (قوله كما بحثه الزركشى) ظاهره وإن كان الزوج من عادته أن لايأتى بيت زوجته إلا أحيانا أو كانت صنعته نهارا ولايأتى زوجته إلا بعد حصة من الليل ، لأنه ربما صادف وقت مجيئه احتياج الطفل إلى من يقوم به لاشتغال المرأة بأمر زوجها ، وظاهره ولو بإذن الزوج ، ويفرق بينه وبين صحة الإجارة لها بإذنه بأن زمن الإجارة لايستغرق الزمن بتمامه فليس فيه تفويت على الزوج بخلافه هنا (قوله بالشرط المارّ) هو عدم تعهدهم أنفسهم (قوله وليس للقارع) أى من خرجت له القرعة ، وقوله ترك حقه : أى فيأثم وهل يسقط حقه أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر الثانى فيلزمه به القاضى لأنه بالتقاطه تعين عليه تربيته (قوله فريف) قضيته اعتبار العمارة فى مسمى الريف ، وظاهر ماتقدم فى باب المناهى خلافه إلا أن يقال تسميتها عمارة باعتبار صلاحيتها للزرع ونحوه ، ويؤيده ما فى إحياء الموات من تسمية تهيئة الأرض للزراعة ونحوها عمارة ، إلا أن هذا الجواب يبعده جعله العمارة مقسما ثم تقسيمها إلى الريف وغيره (قوله لكن يشترط تواصل الأخبار) أى على العادة (قوله بالشرطين المذكورين) هما

الملقوط كافرا (قوله وإلا خلية) الأولى وتقدم خلية على مزوّجة لأن فرض المستثنى منه تنازع امرأة ورجل (قوله للنقلة أم غيرها) شمل ما إذا كان يرجع به عن قرب فليراجع (قوله لما مر) انظر مامراده به (قوله بناء على العلة الثانية)

لما مرّ . والثانى المنع للمعنى الثانى وهو ضياع النسب . ومحل الخلاف فى المختبر فإن جهل حاله لم يقر قطعا وحيث منع نزع من يده لئلا يسافر به بغتة ومن ثم بحث الأذرعى أنه لو التزم الإقامة ووثق منه بها أقرّ بيده ، وهذه مغايرة للتى قبلها لإفادة هذه أنه غريب بأحدهما فقط ، وصدق الأولى بما لو كان مقيما بهما أو بأحدهما أو غريبا عنهما وإن توهم بعضهم اتحادهما . نعم لو قال أولا ولو غريبا أفاد ذلك مع الاختصار (وإن وجده) بلدى (ببادية آمنة فله نقله إلى بلد) وإلى قرية لأنه أرفق به . أما غير آمنة فيجب نقله إلى مأمن وإن بعد (وإن وجده بدوىّ) وهو ساكن البدو (ببلد فكالحضرى) فإن أقام به فذاك ، وإلا لم ينقله لأدون من محل وجوده بل لمثله أو أعلى بالشرطين السابقين (أو) وجده بدوى (ببادية أقر بيده) لكن يلزمه نقل من غير آمنة إليها (وقيل إن كانوا ينتقلون للنعجة) بضم فسكون : أى لطلب الرعى أو غيره لم يقرّ) بيده لأن فيه تضييعا لنسبه . والأصح أنه يقر لأن أطراف البادية ومن البلدة . وعلم مما تقرر أن له نقله من بلد أو قرية أو بادية لمثله ولأعلى منه لا لدونه وإن شرط جواز النقل مطلقا إن أمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار واختبار أمانة الملتقط (ونفقته فى ماله) كغيره (العام كوقف على اللقطاء) وموصى به لهم وإنما صح الوقف عليهم مع عدم تحقق وجودهم لأن الجهة لا يشترط فيها تحقق الوجود بل يكفى إمكانه كما دل عليه كلامهم فى الوقف ، ونبه عليه الزركشى ، وإضافة المال العام إليه لاستحقاقه الصرف عليه منه وإلا فهو تجوّز ، إذ هو حقيقة للجهة العامة وليس مملوكا له ، وأفاد السبكى عدم الصرف له من وقف الفقراء لأن وصفه بالفقر غير محقق فيه ، لكن خالفه الأذرعى اكتفاء بظاهر الحال من كونه فقيرا ، وهو أوجه (أو الخاص ، وهو ما اختص به كثياب ملفوفة عليه) فملبوسه الذى صرح به فى المحرر أولى ولهذا أسقطه المصنف (ومفروشه تحته) ومغطى بها ودابة عنانها بيده أو مشدودة بوسطه أو راكبا عليها (وما فى جيبه من دراهم وغيرها ومهده) الذى هو فيه (ودنانير منثورة فوقه وتحته) بالإجماع لأن له يدا واختصاصا كالبالغ ، والأصل الحرية مالم يعرف غيرها . وقضية كلامه التخيير بين العام والخاص ، والأوجه كما أفاده بعض المتأخرين تقديم الثانى على الأوّل ، فإن حملت أو فى كلامه على التنويع لم يرد ذلك (وإن وجد) وحده (فى دار) مثلا أو

تواصل الأخبار وأمن الطريق ، وأراد بأمن الطريق مايشمل المقصد ، فلا يقال سيأتى له فى قوله وإن شرط جواز النقل مطلقا أمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار وأنه عدّ الشروط ثلاثة (قوله فى المختبر) أى بالأمانة (قوله وهذه مغايرة) إذ الثانية على ماذكره أخص من الأولى فليس المراد بالمغايرة تباينهما (قوله وصدق الأولى) هذا لايمنع أن تلك تغنى عن هذه بل يدل عليه : نعم قد يغفل عن خصوص هذه اهـ سم على حج (قوله من محل وجوده) أى ولو محلة من بلد اختلفت محلاتها اهـ حج . ولا ينافيه قول الشارح السابق : نعم لو قربت البادية من البلد أو القرية الخ . لإمكان حمل ماهنا على مالو فحش الطرف المنقول إليه عن المنقول منه بحيث يحصل فى العود إلى المنقول منه مشقة كبيرة (قوله لكن يلزمه نقله) أى بأن ينتقل معه إلى الآمنة إن كانت مسكنه غيرها أو يقيم مقامه أمينا يتولى أمره فى الآمنة (قوله من البلدة) أى قريبة من أطراف البلدة (قوله وهو أوجه) أى وعليه فلو تبين له مال أو منفق فالقياس الرجوع بما صرف عليه (قوله أو مشدودة بوسطه) أى عنانها مشدود بوسطه ولو عبر به

يعنى ضياع النسب الآتية فى كلامه وكأنه توهم أنه قدمها (قوله وهذه) أى مسئلة المتن (قوله بلدى) قيد به لقول المصنف الآتى وإن وجده بدوى (قوله والمقصد) لم يتقدم له ذكر فى كلامه (قوله لم يرد ذلك) إلا أنه لايعلم أيهما المقدّم

حانوت لايعلم لغيره (فهى) أى الدار ونحوها (له) لليد من غير مزاحم ، فإن وجد فيها غيره كلقيطين أو لقيط وغيره فلهما كما لو كانا على دابة ، فلو ركبها أحدهما وقادها الآخر فللأول فقط لتمام الاستيلاء وما فى الروضة عن ابن كج من أنها بينهما وجه كما قاله الأذرعى ، والصحيح أنها للراكب ، وألحق بذلك الأذرعى أيضا ما لو كانت الدابة مربوطة بوسطه وعليها راكب معترضا بذلك قول الشيخين إنها بينهما . وقد يجاب بأن العادة جارية بأن السائق يكون آلة للراكب ومعينا له فلا يد له معه بخلاف ما هنا ، فإن ربطها بوسط الطفل قرينة ظاهرة على أن له فيها يدا ، ويد الراكب ليست معاوضة لها فقسمت بينهما ، هذا والأوجه فيها أيضا أن اليد للراكب كالتى قبلها ، ولو كان على الدابة المحكوم بكونها له شىء فله أيضا ، ولا يحكم له ببستان وجد فيه فى أوجه الوجهين كما رجحه بعض المتأخرين ، بخلاف الدار لأن سكناها تصرف والحصول فى البستان ليس تصرفا ولا سكنى . وقضية التعليل أنه لو كان يسكن عادة فهو كالدار ، وهو كذلك ولا بضيعة وجد فيها كما قال فى الروضة ينبغى القطع بأنه لايحكم له بها ، وأخذ الأذرعى من كلام الإمام أن المراد به المزرعة التى لم تجر عادة بسكناها ، والمراد كما نبه عليه الزركشى بكون ماذكر له صلاحيته للتصرف فيه ودفع المنازع له ، لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداء فلا يسوغ للحاكم بمجرد ذلك أن يقول ثبت عندى أنه ملكه ويتردد النظر فيما لو وجد على عتبة الدار لكنه فى هوائها ، والأقرب لا لأنه لايسمى فيها عرفا سيما إن كان بابها مقفولا ، بخلاف وجوده بسطحها الذى لامصعد له منها لأن هذا يسمى فيها عرفا (وليس له مال مدفون تحته) بمحل لم يحكم بملكه له ككبير جلس على أرض تحتها دفين وإن كان بها ورقة متصلة به أنه له . نعم بحث الأذرعى أنه لو اتصل خيط بالدفين وربط بنحو ثوبه قضى له به لاسيما إن انضمت الرقعة إليه . أما ماوجد بمكان حكم بأنه له فهو له تبعا للمكان كما صرح به الدارمى وغيره (وكذا ثياب) ودوابّ (وأمتعة موضوعة بقربه) فى غير ملكه إن لم تكن تحت يده (فى الأصح) كما لو بعدت عنه ، وفارق البالغ حيث حكم له بأمتعة موضوعة بقربه عرفا كما قاله السبكى بأن له رعاية . والثانى أنها له عملا بالظاهر وعلى الأوّل لو حكم بأن المكان له كان له ذلك أيضا أخذا مما مر ، وصرح به المصنف فى نكته . وخرج بقربه

كان أوضح ، والظاهر أن كون شدها بوسطه ليس بقيد بل مثل الوسط بقية أعضائه (قوله وألحق بذلك) أى بالراكب (قوله أن اليد للراكب) أى سواء كان عنانها مشدودا بوسط الآخر أو بيده أو غيرهما ، وقوله إنه لو كان أى البستان (قوله ثبت عندى أن ملكه) أى وفائدة ذلك أنه لو ادعاه أحد ببينة سلم للمدعى (قوله لكنه فى هوائها) بأن كان علو العتبة جزءا من الدار ، بخلاف ما إذا خرجت العتبة عن سمت الدار فلا يحكم له بها قطعا (قوله والأقرب لا) أى عدم الحكم بكونها له (قوله نعم بحث الأذرعى) معتمد ، وقوله قضى له به : أى والفرض أنه ليس بمحل يعلم أنه ملك الغير اللقيط . أما لو كان كذلك صدق صاحب المكان لأن يده على البيت وعلى مافيه ، والأقرب أنه يقسم بين اللقيط وصاحب البيت لأن لكل منهما يدا (قوله وكذا ثياب ودواب) أى ومن ذلك مالو عرف رقّ عبد بطريق من الطرق ووجد ذلك الرقيق مربوطا بوسط اللقيط فنحكم بذلك الرقيق

(قوله مالو كانت الدابة مربوطة) الخ أى فهى للراكب (قوله بأن السائق) المناسب لما قبله بأن القائد (قوله إن لم يكن [1]) أى غير المالك تحت يديه . أما لو كان تحت يده بنحو إجارة فإن مافيه يكون له

---

(١) (قول المحشى إن لم يكن) هكذا بالياء والذى فى الشرح وإن لم تكن ، بالتاء والمعنى عليه اه مصححه .

البعيد فلا يكون له جزما (فإن لم يعرف له مال) خاص ولا عام (فالأظهر أنه ينفق عليه) ولو محكوما بكفره خلافا لما فى الكفاية تبعا للماوردى لأن فيه مصلحة للمسلمين إذا بلغ بالجزية (من بيت المال) من سهم المصالح مجانا كما أجمع عليه الصحابة وقياسا على البالغ المعسر بل أولى ، والثانى المنع بل يقترض عليه من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال (فإن لم يكن) فى بيت المال شىء أو كان وثمّ ما هو أهم منه أو منع متوليه الأخذ منه ظلما اقترض عليه الحاكم إن رآه وإلا (قام المسلمون) أى مياسيرهم ، والأوجه ضبطهم بمن يأتى فى نفقة الزوجة فلا يعتبر قدرته بالكسب (بكفايته) وجوبا (قرضا) بالقاف أى على جهته كما يلزمهم إطعام المضطرّ بالعوض (وفى قول نفقة) لعجزه ، فإن امتنعوا كلهم قاتلهم الإمام ، ويفرق بين كونها هنا قرضا وفى بيت المال مجانا بأن وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وإذا لزمهم وزعها الإمام على مياسير بلده ، فإن شقّ فعلى من يراه الإمام منهم ، فإن استووا فى نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فإن بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين ، فإن ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وإن ضعفه فى الروضة ، وما نوزع به من سقوط نفقة القريب ونحوه بمضىّ الزمان يرد بما سيأتى أنها تصير دينا بالاقتراض (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله فى الأصح) لأنه يستقل بحفظ المالك فماله أولى ، وقيده الأذرعى بحثا بعدل يجوز إيداع مال اليتيم عنده . والثانى يحتاج إلى إذن القاضى ، وعلى الأول ليس له مخاصمة من نازعه فيه إلا بولاية من الحاكم وللقاضى نزعه منه وتسليمه لأمين غيره يباشر الإنفاق عليه بالمعروف اللائق به أو يسلمه للملتقط يوما بيوم (ولا ينفق عليه منه

للقيط (قوله البعيد) أى عرفا (قوله ولو محكوما بكفره) هو ظاهر فى غير دار الحرب . أما هى فإن أخذه بقصد الاستيلاء عليه فظاهره أنه تجب عليه نفقته . وأما لو لم يقصد ذلك فهل ينفق عليه من بيت المال الخ أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن أخذه له صيره كأنه فى أمانه (قوله اقترض عليه) أى على اللقيط لا على بيت المال ، ثم رأيت فى الخطيب مانصه : وإن لم يكن فى بيت المال شىء أو كان ثم ماهو أهم من ذلك كسدّ ثغر يعظم ضرره لو ترك أو حالت الظلمة دونه اقترض له الإمام من المسلمين فى ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام ، فإن تعذر الاقتراض قام المسلمون الخ اهـ (قوله ممن يأتى فى نفقة الزوجة) أى وهو ممن زاد دخله على خرجه (قوله أى على جهته) والمراد أنه على الطفل لا على بيت المال كما يعلم من قوله كما يلزمهم الخ ، ثم إن ماظهر له مال قضى منه وإلا فهو باق فى ذمته كغير اللقيط المعسر (قوله ويفرق بين كونها هنا) هذا الفرق صريح فى أنه لارجوع لبيت المال ، وإن بان له مال أو منفق اهـ سم ، وهو صريح قول الشارح قبل من سهم المصالح مجانا (قوله وإذا لزمهم) أى اتفاقا (قوله فمن سهم الفقراء أو المساكين الخ) أى بحسب مايقتضيه حاله من كونه فقيرا الخ لا أنه يأخذ بجميعها (قوله رجع عليه) أى سواء كان الإنفاق من بيت المال أو المسلمين ، ولا ينافيه مامر من أنه ينفق عليه من بيت المال مجانا لجواز حمله على من لم يظهر له مال ولا منفق وحمل ماهنا على خلافه ، لكن قضية مامر عن سم أن هذا مفروض فى مياسير المسلمين ، والأقرب ما اقتضاه كلام الشارح لأنه حيث ظهر له مال تبين عدم الوجوب على بيت المال أو يقال هو مفروض فيمن بلغ (قوله بعدل يجوز إيداع الخ) أى بأن كان أمينا آمنا

(قوله وهذا إذا لم يبلغ اللقيط) يعنى كون ما ينفقه عليه المياسير قرضا خلافا لما فى حاشية الشيخ (قوله وما نوزع به) هذه المنازعة هى وجه تضعيف الروضة وعبارتها . قلت اعتباره : يعنى الرافعى القريب غريب قل من ذكره وهو ضعيف فإن نفقة القريب تسقط بمضى الزمان انتهت . فكان الأول للشارح خلاف هذا السياق (قوله أو يسلمه للملتقط) انظر مامرجع الضمير فى يسلمه.

إلا بإذن القاضي قطعا) أى على الأصح ومقابله لأن ولاية التصرف فى المال لاتثبت إلا لأصل أو وصى أو حاكم أو أمينه ، فإن أنفق بغير إذنه كان ضامنا : أى حيث أمكنت مراجعته وإلا أنفق وأشهد وجوبا ، وقول ابن الرفعة كل مرة فيه حرج ، والأوجه عدم تكليفه ذلك كل مرة ولا ضمان عليه حينئذ .

(فصل)

فى الحكم بإسلام اللقيط وغيره وكفرهما بالتبعية للدار أو غيرها

(إذا وجد لقيط بدار الإسلام) ومنها ماعلم كونه مسكنا للمسلمين ولو فى زمن قديم فغلب عليه الكفار كقرطبة نظرا لاستيلائنا القديم ، لكن نقل الرافعى عن بعض المتأخرين أن محله إن لم يمنعونا منها وإلا فهى دار كفر . وأجاب عنه السبكى بأنه يصح أن يقال: إنها صارت دار كفر صورة لا حكما (و) إن كان (فيها أهل ذمة) أو عهد كما قاله الماوردى وغيره (أو) وجد (بدار فتحوها) أى المسلمون (وأقروها بيد كفار صلحا) أى على وجه الصلح (أو) أقروها بيدهم (بعد ملكها بجزية وفيها) أى الدار فى المسائل الثلاث حتى فى الأولى كما قاله الدارمى وإن نظر فيه غيره ، والأخيرتان دار الإسلام كما قالاه وإن نظر السبكى فى الثانية (مسلم) يمكن كونه منه ولو مجتازا (حكم بإسلام اللقيط) تغليبا لدار الإسلام لخبر أحمد وغيره « الإسلام يعلوا ولا يعلى عليه » وحيث لاذمى ثم فسلم باطنا وإلا فظاهرا فقط ، قاله الماوردى . أما إذا لم يكن ثم مسلم يمكن كونه منه فهو كافر ، واكتفى هنا بالمجتاز تغليبا لحرمة دارنا بخلافه فى قوله (وإن وجد بدار كفار فكافر إن لم يسكنها مسلم) فاجتيازه فيها لااعتبار به (وإن سكنها مسلم) يمكن أن يكون منه (كأسير) منتشر (وتاجر فسلم فى الأصح) تغليبا للإسلام ، فلو أنكره

(قوله أى حيث أمكنت مراجعته) أى بأن سهل استئذانه بلامشقة ولا بذل مال وإن قل (قوله والأوجه عدم تكليفه ذلك كل مرة) أى ويصدق فى قدر الإنفاق إن كان لائقا به ويؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن رجلا أذن لوالد زوجته فى الإنفاق على بنته وولديها فى كل يوم خمسة أنصاف من الفضة العددية مدة غيبته ، ثم إن الشهود شهدوا بأنه أنفق ما أذن له فى إنفاقه وهو الخمسة أنصاف جميع المدة ولم يتعرضوا لكونهم شاهدوا الإنفاق فى كل يوم وهو أن الحق يثبت بشهادتهم وإن لم ينصوا على أنهم رأوا ذلك فى كل يوم ، ويجوز لهم الإقدام على ذلك لرؤية أصل النفقة منه والتعويل على القرائن الظاهرة فى أداء النفقة .

(فصل) فى الحكم بإسلام اللقيط

(قوله للدار أو غيرها) أى وما يتبع ذلك كالحكم بكفره بعد كماله (قوله ولو فى زمن قديم) معتمد أى فلا يحكم بإسلام اللقيط إذا وجد فيها إلا حيث كان بها مسلم كما يعلم من قول المصنف الآتى وفيها مسلم (قوله كقرطبة) مدينة بالأندلس (قوله حتى فى الأولى) ولا يبعد أن اشتراط ذلك فيها احتراز عما لو كان فيها كفار فقط ، أما لو لم يكن فيها أحد فينبغى الحكم بإسلامه لأنها دار إسلام ولا معارض اهـ سم على حج (قوله والأخيرتان دار إسلام) أى كالأولى وإن أوهم عطف قوله أو بدار فتحوها صلحا خلافه (قوله يمكن كونه منه ولو مجتازا) ظاهره أنه لايشترط هنا مضى زمن يمكن فى الحمل والولادة . وهو ظاهر أخذا من قول حج بعد قول الشارح الآتى فى دار الكفر

ذلك المسلم قبل فى نفى نسبه دون إسلامه ، والثانى كافر تغليبا للدار . والمراد بالسكنى هنا مايقطع حكم السفر ، قاله الأذرعى بحثا ، قال : بل ينبغى الاكتفاء بلبث يمكن فيه الوقاع وأن ذلك الولد منه ، بخلاف من ولد بعد طروقه بنحو شهر لاستحالة كونه منه ، قال : وقضية إطلاقهم أنه لو كان مسلم واحد بمصر عظيم بدار حرب ووجد فيه كل يوم ألف لقيط مثلا حكم بإسلامهم ، وهذا إذا كان لأجل تبعية الإسلام كالسابى فذاك أو لإمكان كونه منه ولو على بعد وهو الظاهر ففيه نظر ، لاسيا إذا كان المسلم الموجود امرأة اه . واعلم أنه يؤخذ من اكتفائهم فى دارنا بالمجتاز ، وفى دارهم بالسكنى أنه لايكتفى فى دارهم إلا بالإمكان القريب عادة . وحينئذ فالأوجه أنه متى أمكن كونه منه إمكانا قريبا عادة فمسلم وإلا فلا . أما أسير محبوس فى مطمورة قال الإمام : فيتجه أنه لا أثر له كما لا أثر للمجتاز انتهى . وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم يكن فى المحبوسين امرأة . ولو وجد اللقيط ببرية فمسلم حكاه شارح التعجيز عن جده وهو ظاهر إن كانت برية دارنا أو لايد لأحد عليها ، فإن كانت برية دار حرب لايطرقها مسلم فلا وولد الذمية من الزنا بمسلم كافر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأنه مقطوع النسب عنه خلافا لابن حزم ومن تبعه (ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى) أو معاهد أو مؤمن كما قاله الزركشى (بينة بنسبه لحقه) لأنه كالمسلم فى النسب (وتبعه فى الكفر) فارتفع ما ظنناه من إسلامه لأن الدار حكم باليد والبينة أقوى من اليد المجردة ، وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لايعول عليه مع البينة . وشمل كلامه مالو تمحضت البينة نسوة وهو الأوجه من وجهين حكاهما الدارمى . والأقرب اعتبار إلحاق القائف لأنه حكم فهو كالبينة بل أقوى ، وفى النسوة أنه إن ثبت بهن النسب تبعه فى الكفر وإلا فلا (وإن اقتصر) الكافر (على

وإلا فلا ، وهذا أوجه مما ذكره الأذرعى فتأمله . ويفرق بين الدارين بأن شرف الأولى اقتضى الاكتفاء فيها بالإمكان وإن بعد فدخل المجتاز ، بخلاف الثانية فاشترط فيها قرب الإمكان ، وهو إنما يوجد عند السكنى لا الاجتياز (قوله مايقطع حكم السفر) أى وهو أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج (قوله أنه لو كان مسلم) أى رجل أو امرأة (قوله وحينئذ فالأوجه الخ) معتمد (قوله إمكانا قريبا) بقى مالو أمكن فى البعض دون البعض فيحتمل أنه كما لو اشتبه مسلم بكافر اه سم على حج . ويحتمل وهو الأقرب أن يحكم بإسلام من وقع فيه الشك وإن كثر رعاية لحق الإسلام كما حكم بإسلام ونفى النسب فيهما لو كان فى البلد مسلم يمكن كونه منه فنفاه وأنكر الوطء من أصله رجلا كان أو امرأة حتى لو وجدت المسلمة التى فى البلد بكرا : أى أو كانت لايمكن الوصول إليها عادة ككون المسلمه بنت ملكهم لحقها على هو مقتضى إطلاقهم (قوله والأقرب اعتبار إلحاق القائف) أى فيما لو حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى الخ (قوله وفى النسوة الخ) معتمد وقوله أنه إن ثبت : أى بأن شهدن بولادة

(قوله واعلم أنه يؤخذ من اكتفائهم الخ) مراده به الاعتراض على الأذرعى ، وحاصله أن الذى يؤخذ من كلامهم خلاف ما أخذه الأذرعى فلا اعتراض عليهم . واعلم أيضا أن والد الشارح أجاب فى حواشى شرح الروض عن تنظير الأذرعى بأنه لما أمكن كون البعض منه على غير بعد واشتبه حكمنا بإسلام الكل إذ هو أسهل من إخراج المسلم إلى الكفر انتهى ، وهو مخالف لما استوجهه ولده فيما يأتى من أنه لابد من الإمكان القريب ، على أنه قد يتوقف فيما ذكره من الحكم بإسلام الجميع لمخالفته ما ذكروا فى الجنائز من أنه لو اشتبه صبى مسلم بصبى كافر وبلغا كذلك أنهما لا يعاملان معاملة المسلمين وسيأتى آخر الباب (قوله إذا لم يكن فى المحبوسين امرأة) ظاهره وإن كانت ذمية وهى غير حليلة لذلك المسلم . ولعل وجهه أن احتمال وطء الشبهة مثلا قائم فلا ينافى ما سيأتى قريبا من أن ولد الذمية من زنا المسلم كافر فتأمل (قوله إن ثبت بهن النسب) أى بأن شهدن على الولادة .

الدعوى) بأنه ابنه ولا حجة له (فالمذهب أنه لايتبعه فى الكفر) وإن لحقه فى النسب لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بمجرد دعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة . والطريق الثانى فيه قولان ثانيهما يتبعه فى الكفر كالنسب ، وجعل الماوردى محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الإسلام قطعا ، وسواء أقلنا بتبعيته فى الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوى مميز وصف الإسلام وبينه ، قال فى الكفاية : وقضية إطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما إن قلنا بعدم تبعيته له فى الكفر ، لكن فى المهذب أنه يستحب تسليمه لمسلم ، فإذا بلغ ووصف الكفر فإن قلنا بالتبعية قرر لكنه يهدد لعله يسلم وإلا ففى تقريره ماسبق من الخلاف (ويحكم بإسلام الصبىّ بجهتين أخريين لايفرضان فى لقيط) وإنما ذكرا فى بابه استطرادا (إحداهما الولادة فإذا كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق) وإن علا ولو أنثى غير وارثة أو قنا قبل الظفر به أو بعده كما سيأتى مبسوطا فى السير ، وشمل ذلك مالو كان حدوث الولد بعد موت أصله وهو الأوجه من تردد فيه ولو مع وجود حىّ أقرب منه بشرط نسبته إليه نسبة تقتضى التوارث ولو بالرحم فلا يرد آدم أبو البشر صلى الله عليه وسلم (فهو مسلم) بالإجماع وإن ارتدّ بعد العلوق (فإن بلغ ووصف كفرا) أى أعرب به عن نفسه كما فى المحرر (فمرتد) لأنه مسلم ظاهرا وباطنا (ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما) وإن علا كما ذكر قبل بلوغه ولو بعد

زوجه الذمى له (قوله عن حكم الإسلام) أى الذى حكم له به بسبب الدار وتقوى بالصلاة والصوم (قوله لكن فى المهذب الخ) هذا هو المعتمد (قوله ماسبق من الخلاف) أى والراجح منه الإقرار (قوله ويحكم بإسلام الصبى الخ)

[تنبيه] مقتضى حكمهم بإسلام اللقيط تارة وكفره أخرى أن لقاض رفع إليه أمر لقيط الحكم بكفره فيما نصوا على كفره وهو ظاهر ، وأما ماقيل لايجوز لقاض أن يحكم بكفر أحد فإن فعل كفر لأن الحكم بالكفر رضا به اه فهو غلط قبيح ، إذ يلزم عليه أن لايحكم برده أحد ولا بكفر لقيط وهو فاسد ، وأفسد منه ماعلل به لأن الحكم بالكفر ليس معناه إلا الحكم بآثاره المترتبة عليه فلا رضا به ، ويلزمه أن لايحكم بنحو زنا لأنه رضا به . نعم له إذا أسلم مميز أن يحكم بعدم صحة إسلامه إذا احتيج إليه لابكفره إلا بالنسبة للأحكام الدنيوية ، وكذا يقال فى أطفال الكفار لأنهم فى الجنة فلا يطلق الحكم بكفرهم اه حج . وكتب عليه سم مانصه : قوله وما قيل الخ أفتى شيخنا الرملى بما يوافقه فإنه أفتى فى صغير من أولاد الذميين أسلم أو مات أبوه ثم أسلم بأنه لايجوز للقاضى الحكم بكفره لأن الرضا بالكفر كفر ولا يصح الحكم به فللمخالف الحكم بإسلامه اه . وقوله ليس معناه الخ قد يقال بل كان به نفسه لم يقتض الرضا ، لأن الحكم إظهار حصول المحكوم به ، ومجرد ذلك ليس فيه الرضا به ، وقوله لا بكفره إلا بالنسبة الخ قد يقال ما المانع من إطلاق الحكم فإنه إنما يقصد به آثاره الدنيوية اه (قوله بعد موت أصله) ع أنظر لو مات الصغير ثم الأب هل يتبعه بعد الموت كعكسه حتى يدفن فى مقابر المسلمين فليراجع اه سم على منهج ؟ أقول : الظاهر عدم التبعية لقطع الأحكام الدنيوية بالموت ، ونقل بالدرس عن بعض الهوامش خلافه وفيه وقفة ، ويقال على تسليم صحة مابعض الهوامش فيمكن توجيهه بأن مراعاة جهته وشرفه اقتضى ذلك كما لو ولد بعد موت أصله المسلم وإن بعد (قوله فهو مسلم) أى تجرى عليه أحكام المسلمين . ومنها أنه لو بلغ ولم يعلم بإسلام أحد أصوله ثم مات غسل وكفن وصلى عليه ودفن فى مقابر المسلمين وكان من أهل الجنة ، وإن عوقب على ترك الصلوات ونحوها لأنه مخاطب بها بتقدير كفره فكيف وهو الآن مسلم فليتنبه له (قوله وإن ارتدّ) أى الأحد (قوله ولو علق بين كافرين) أى حصل أو وجد . ويجوز قراءته للمفعول : أى علق به بين كافرين (قوله وإن علا)

تمييزه (حكم بإسلامه) إجماعا كما فى إسلام الأب ولخبر « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزمن إمكانه قبوله هنا فلا يحكم بإسلامه . وما بحثه الولىّ العراقى من عدم قبول قوله إلا أن ينبت على عانته شعر خشن غير ظاهر ؛ اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه فيه ولأصل بقاء الصغر وكالصبى فيما ذكر المجنون ولو بعد بلوغه المحكوم بكفره (فإن بلغ ووصف كفرا فمرتدّ) لسبق الحكم بإسلامه ظاهرا وباطنا (وفى قول) هو (كافر أصلى) بأن تبعيته أزالت الحكم بكفره وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أوّلا ، وبنى عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأوّل ، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم ، بل قال الإمام وصوبه فى الروضة هو كذلك على الثانى أيضا لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر وظاهره الإسلام انتهى . ولعلهم لم ينظروا لوجوب التلفظ عليه على الثانى إذ تركه يوجب إثمه دون كفره كما لا يخفى ، وما ذكره فى الإحياء كالحليمى من أن المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغنى عنه إسلامه شيئا مالم يسلم بنفسه غريب أو سبق قلم على ماقاله الأذرعى أو مفرع على وجوب التلفظ ، ولو تلفظ ثم ارتد فمرتدّ قطعا ، ولا ينقض ماجرى عليه من أحكام الإسلام قبل ردته على الأصح الجهة (الثانية إذا سبى مسلم) ولو صبيا مجنونا وإن كان معه كافر كامل (طفلا) ومجنونا ومراده به الجنس الشامل لذكر كل وأنثاه

فيه مسامحة بعد فرضه الكلام فيمن علق بين كافرين فالمراد وإن علا أحد أصول أحدهما (قوله ولو أمكن احتلامه فادّعاه) أى فادعى بعد إسلام أصوله أنه احتلم قبل إسلام ذلك الأحد حتى لا يتبعه فى الإسلام (قوله غير ظاهر) هذا السوق يقتضى اعتماد ما اقتضاه إطلاقهم ومثله فى حج ، ثم ذكر أنه أفتى فى حادثة بما يوافق بحث أبى زرعة فهو يدل على اعتماد الثانى وهو كلام أبى زرعة وعبارته ، وقد سئلت عن يهودى أسلم ثم وجد بنته مزوّجة فادّعى صباها لتتبعه وادّعت البلوغ هى وزوجها فأفتيت بأنه يصدّق ، أما فى دعوى الاحتلام فلما تقرر أن الاحتياط للإسلام اقتضى مخالفة القاعدة من تصديق مدّعى البلوغ بالاحتلام ، وأما فى دعوى السن أو الحيض فبالأولى لإمكان الاطلاع عليهما فكلف مدّعى أحدهما البينة وقد صرّحوا بأنه لو باع أو كاتب أو قتل ثم ادّعى صبا يمكن صدقه بخلاف مالو زوّج لأن النكاح يحتاط له ويجرى بين الناس ، فكون الولىّ صبيا بعيد جدا فلم يلتفت إليه وإن أمكن والمجنون المحكوم بكفره يلحق أحد أبويه إذا أسلم كالصبى (قوله يلغى قوله المانع له) أى للإسلام (قوله وكالصبى فيما ذكر) أى من الحكم بإسلامه (قوله بخلافه على الأول) يعنى أنا إذا قلنا من وصف الكفر بعد بلوغه كافرا صلى إذا بلغ ولم ينطق بكفر ولا إسلام يطالب بكلمة الإسلام لأنه زال الحكم بإسلامه بعد استقلاله بالبلوغ ، وإن قلنا إذا نطق بالكفر صار مرتدا إذا بلغ بعد الحكم بإسلامه ولم ينطق بكفر لا يطالب بكلمة الإسلام لأنه لم يعرض بعد بلوغه ما ينافى إسلامه الذى حكم به (قوله إذ تركه) أى التلفظ (قوله مالم يسلم بنفسه الخ) قضيته أنه لو بلغ عاقلا ثم جن وحكم بإسلامه تبعا نفعه ذلك فى إسقاط ماسبق على الجنون بعد البلوغ فى الكفر (قوله أو مفرع على وجوب التلفظ) هذا لا يظهر مع قوله وكأنهم لم ينظروا الخ فتأمله سم على حج . أقول : قد يجاب بأن المراد أن القائلين بالثانى لم ينظروا الخ ، وقوله إن كان معه كافر : أى مشارك فى سببه (قوله ومراده به) أى بالطفل وإنما يحتاج إلى هذا التأويل بناء على أن الطفل خاص بالذكر الواحد وهو المشهور لغة ، وقال ابن الأنبارى

(قوله المحكوم بكفره) وصف المجنون : أى فلحق أحد أبويه (قوله بخلافه على الأول) انظره مع كوننا حكمنا بردّته لأن الصورة أنه وصف الكفر ، إلا أن يقال : إن هذا البناء على مبنى القولين لا على نفس القولين

متحدا ومتعددا (تبع السابى فى الإسلام) ظاهرا وباطنا (إن لم يكن معه أحد أبويه) بالإجماع ولا اعتبار بمن شذ ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم بإسلامه باطنا أنه لو بلغ ووصف كفرا كان مرتدا وهو كذلك كما صرحوا به وإن أوهم كلام بعض الشراح أنه كافر أصلى ، أما إذا كان معه أحدهما وإن علا كما أشار إليه الأذرعى بأن كانا فى جيش واحد وغنيمة واحدة وإن لم يتحد المالك وقد سبيا معا أو تقدم الأب فيما يظهر وإن أطلق القاضى فى تعليقه أنه إذا سبق سبى أحدهما سبى الآخر تبع السابى فلا يحكم بإسلامه لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابى وإن ماتا بعد لأن التبعية إنما تثبت فى ابتداء السبى (ولو سباه ذمى) قال الإمام قاطن ببلادنا ، والبغوى ودخل به دارنا ، والدارمى وسباه فى جيشنا ، وكلّ إنما هو قيد للخلاف فى قولهم (لم يحكم بإسلامه) بل بكونه على دين سابيه كما ذكره الماوردى وغيره لا أبويه (فى الأصح) لأن كونه من أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا فى أولاده فكيف يؤثر فى مسبيه ، ولأن تبعية الدار إنما تؤثر فى حق من لا يعرف حاله ولا نسبه . والثانى يحكم بإسلامه تبعا للدار ، والأوجه أنه لو سبى أبواه ثم أسلما صار مسلما بإسلامهما خلافا للحليمى ومن تبعه ، ويقاس به مالو أسلما بأنفسهما فى دار الحرب أو خرجا إلينا وأسلما وهو الأصح وخرج بسباه فى جيشنا نحو سرقته له ، فإن قلنا يملكه كله فكذلك ، أوغنيمة وهو الأصح فهو مسلم لأن بعضه للمسلمين ، وبحث السبكى ومن تبعه أنه لو أسلم سابيه الذمى أو قهر حربى صغيرا حربيا وملكه ثم أسلم تبعه لأن له عليه ولاية وملكا وذلك علة الإسلام فى السابى المسلم . وفى فتاوى البغوى إبداء الوجهين فى كافر اشترى صغيرا ثم أسلم هل يتبعه ، وأوجههما عدم التبعية بل وكذا فيما قبله ، ولا يلحق بالسبى غيره لأنه مع كونه أقوى فى القهر إنما يؤثر ابتداء فلا يقاس به غيره فى الأثناء ، وتصريح الشيخين بأن التبعية إنما تثبت فى ابتداء السبى يؤيد ماذكرناه ، والمستأمن كالذمى ولو سباه مسلم وذمى حكم بإسلامه تغليبا لحكم الإسلام كما ذكره القاضى وغيره ، ولو سبى الذمى صبيا أو مجنونا وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابى له مع أحد أبويه فى جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشترى لفوات وقت التبعية لأنها إنما تثبت ابتداء ، ولو جنى اللقيط المحكوم بإسلامه خطأ أو شبه عمد فوجبها فى بيت المال إذ ليس له عاقلة خاصة ، أو عمدا وهو بالغ عاقل اقتص منه وإلا فالدية مغلظة فى ماله كضمان متلفه ، فإن لم يكن

كما فى المصباح ويكون الطفل بلفظ واحد للمذكر والمؤنث والجمع ، قال تعالى - أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء - وتجوز المطابقة فى التثنية والجمع والتأنيث فيقال طفلة وأطفال وطفلات (قوله فلا يحكم بإسلامه) من تتمة كلام القاضى (قوله لا أبويه فى الأصح) أى فلو كان سابيه يهوديا أو نصرانيا صار هو كذلك ، وإن كان أبواه يهوديين أو وثنيين مثلا ، ومن هنا يتصور عدم الإتفاق بين الأولاد والأبوين أو بعضهم فى التهوّد والتنصر ، وهذا ينفعك فى صور ذكروها فى الفرائض يستشكل تصويرها اهـ سم على حج (قوله ثم أسلما) أى أو أحدهما (قوله فإن قلنا يملكه كله فكذلك) أى لم يحكم بإسلامه (قوله أوغنيمة وهو الأصح) عبارة شيخنا الزيادى فى أول باب الاستبراء بعد حكاية تحريم وطء السرارى : عن الجوينى والقفال والمعتمد جواز الوطء لاحتمال أن يكون الشانى ممن لا يلزمه التخميس كذمى ونحوه لأنا لانحرم بالشك رملى اهـ . وعبارة حج هنا : فإن قلنا يملكه كله فكذلك أوغنيمة وهو الأصح فهو مسلم لأن بعضه للمسلمين (قوله ولو سباه مسلم وذمى) هذا داخل فى عموم قوله أولا وإن كان معه كافر كامل الخ ، إلا أن يقال : أراد بالكافر الأوّل الحربى (قوله وإلا فالدية مغلظة فى ماله)

قوله أوغنيمة وهو الأصح) سيأتى له فى قسم الفئ والغنيمة خلاف هذا التصحيح وهو أنه يملكه كله ، وصححه

له مال فني ذمته ، وإن قتل خطأ أو شبه عمد ففيه دية كاملة عملا بظاهر الحرية توضع فى بيت المال وأرش طرفه له ، وإن قتل عمدا فللإمام العفو على مال لا مجانا لأنه خلاف مصلحة المسلمين أو يقتص لا بعد البلوغ وقبل الإفصاح بالإسلام بل تجب ديته كما صححه المصنف فى تصحيحه وصوّبه فى المهمات ، ويقتص لنفسه فى الطرف إن أفصح بالإسلام بعد بلوغه فيحبس قاطعه قبل البلوغ له إلى بلوغه وإفاقته ، ويأخذ الولى ولو حاكما دون الوصى الأرش لمجنون فقير لا لغنى ولا لصبى غنى أو فقير ، فلو أفاق المجنون وأراد رد الأرش ليقتصّ منع (ولا يصح) بالنسبة لأحكام الدنيا (إسلام صبى مميز استقلالا على الصحيح) كغير المميز بجامع انتفاء التكليف ، ولأن نطقه بالشهادتين خبر وخبره غير مقبول أو إنشاء فهو كعقوده . والثانى يصح إسلامه حتى يرث من قريبه ، وعلى الأوّل تستحب الحيلولة بينه وبين أبويه لئلا يفتناه وقيل تجب ونقله الإمام عن إجماع الأصحاب ، وانتصر لصحة إسلامه جمع مستدلين له بصحة إسلام علىّ رضى الله عنه قبل بلوغه ، ورده أحمد بمنع كونه قبل بلوغه والبيهقى وغيره بأن الأحكام إذ ذاك كانت منوطة بالتمييز إلى عام الخندق ، وفارق نحو صلاته بأنه لايتنفل به ، أما بالنسبة لأحكام الآخرة فيصح ويكون من الفائزين اتفاقا ، ولا تلازم بين الأحكامين كما فيمن لم تبلغه الدعوه وكأطفال المشركين .

(فصل)

فى بيان حرّية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك

(إذا لم يقرّ اللقيط برق فهو حرّ) إجماعا لأن الغالب على الناس الحرية ، واستثنى البلقينى ما إذا وجد فى دار الحرب التى لا مسلم فيها ولا ذمى ، قال فإنه رقيق لأنه محكوم بكفره ودار الحرب تقتضى استرقاق الصبيان والنساء ، ويحمل كلامهم على دار الإسلام . قال : ولم أر من تعرض له ورده الشيخ بأن دار الحرب إنما تقتضى استرقاق هؤلاء بالأسر ومجرد اللقط لايقتضيه (إلا أن يقيم أحد بينة برقه) فيعمل بها كما يأتى (وإن أقر) اللقيط

أى إن كان (قوله لا بعد البلوغ) أى لا إن قتل المحكوم بإسلامه بعد البلوغ الخ فلا يقتص له الإمام لعدم تحقق المكافأة (قوله بل تجب ديته) أى وتوضع فى بيت المال أيضا (قوله فيحبس قاطعه الخ) أى وإن طالت مدّة انتظار البلوغ والإفاقة (قوله ولا لصبى غنى أو فقير) أى لأن له أمدا ينتظر (قوله وفارق نحو صلاته) أى حيث صحت من المميز ، وقوله بأنه لايتنفل به : أى بالإسلام (قوله ويكون من الفائزين اتفاقا) أى فلا يجرى فيه الخلاف الواقع فى أطفال المشركين وإن كان هو منهم ، وينبغى أن يكون من الفائزين اتفاقا أيضا من اعتقد الإسلام أوّل بلوغه ومات قبل التمكن من النطق بالشهادتين اهـ سم على حج .

(فصل) فى بيان حرية اللقيط ورقه

(قوله ورده الشيخ) معتمد لكنه جرى عليه فى شرح منهجه ، وقوله فأقر اللقيط له به : أى بالرق ، وقوله مالو أقر به : أى بالرق ، وقوله وقد بطل ملكه ، أى الأول وقوله يتعذر إسقاطها لما مر : أى من قوله لأنه

الشهاب حج هنا (قوله بين الأحكامين) فيه أن الجمع لايثنى إذ شرطه أن يكون مفردا .

(فصل) فى بيان حرّية اللقيط ورقه

المكلف وإن لم يكن رشيدا كما هوظاهر كلامهم وإن نقل عن ابن عبد السلام مايقتضى اعتبار رشده أيضا (به) أى الرق (لشخص فصدّقه) ولوبسكوته عن تصديق وتكذيب لأنه لم يكذبه (قبل إن لم يسبق) منه (إقراره) أى اللقيط ، ويصح عوده على كل منه ومن المقر له ، إذ لو أقرّ إنسان بحريته فأقرّ اللقيط له به لم يقبل وإن صدقه كما هو ظاهر (بحرية) كبقية الأقارير ، بخلاف ما إذا كذبه ، وإن صدقه بعد أو سبق إقراره بالحرية وهومكلف لأنه به التزم أحكام الأحرار المتعلقة بحقوق الله تعالى والعباد فلم يملك إسقاطها ، وإنما قبل إقرارها بالرجعة بعد إنكارها لأن الأصل عدم انقضاء العدة مع تفويض الشارع أمر انقضائها إليها ، والإقرار بالرق مخالف لأصل الحرية الموافق للإقرار السابق ولا يرد على المصنف مالو أقر به لزيد فكذبه فأقر به لعمرو فصدقه فلا يقبل ، وإن لم يسبق منه إقرار بحريته لتضمن إقراره الأول نفي الملك لغيره ، وقد بطل ملكه برده فصار حر الأصل ، والحرية يتعذر إسقاطها لما مر ولو أنكر رقه بعد الدعوى عليه به وحلف ثم عاد واعترف له به ، فإن كانت صيغة إنكاره لست برقيق لك قبل أو لست برقيق فلا لتضمنه الإقرار بحرية الأصل ، ولو أقر بالرق لمعين ثم ادعى حرية الأصل لم تسمع (والمذهب أنه لايشترط) فى صحة الإقرار بالرق (أن لايسبق منه تصرف يقتضى نفوذه) بمعجمة بخطه (حرية كبيع ونكاح) وغيرهما (بل يقبل إقراره فى أصل الرق وأحكامه) الماضية المضرة به و (المستقبلة) فى ماله كما يقبل إقرار المرأة بالنكاح وإن تضمن ثبوت حق لها وعليها كسائر الأقارير . وفى قول من الطريق الثانى لايقبل فيبقى على أحكام الحرية . نعم لو أقرت بالرق متزوّجة والزوج ممن لاتحل له الأمة لم ينفسخ نكاحه ولكن يتخير بين بقاء النكاح وفسخه حيث شرط حريتها ، فإن فسخ بعد الدخول بها لزمه للمقر له الأقل من مهر المثل والمسمى وإن أجاز لزمه المسمى وإن كان قد سلمه إليها أجزأه فلو طلقها قبل الدخول سقط المسمى ، وتسلم له ليلا ونهارا ويسافر بها من غير إذن ، وتعتد عدة الحرائر لنحو طلاق وعدة الإماء بموت وولدها قبل إقرارها حر وبعده رقيق ، وذلك لأن النكاح كالمقبوض المستوفى ولهذا لاينفسخ نكاح أمة بنحو طروّ يساره ، ولو كان المقر بالرق ذكرا انفسخ نكاحه إذ لا ضرر على الزوجة ولزمه المسمى إن دخل بها ونصفه إن لم يدخل ، ويؤدى مما فى يده أو من كسبه حالا ومآلا ، فإن لم يوجد فنى ذمته إلى عتقه ، ولو جنى على غيره عمدا ثم أقر بالرق اقتص منه حرا كان المجنى عليه أو رقيقا ، أو خطأ أو شبه عمد قضى مما فى يده ، ولا ينافيه كون الأرش لايتعلق بما فى يد الجانى حرا كان أو رقيقا لأن الرق لما أوجب الحجر اقتضى التعلق بما فى يده ، كالحرّ إذا حجر عليه بالفلس فإن لم يكن

به التزم أحكام الأحرار (قوله ولو أقر بالرق لمعين) خرج به مالو اعترف بالرق من غير إضافة لأحد كأن قال أنا رقيق ، أو لمبهم كأن قال أنا رقيق لرجل ، ويوجه بأنه ليس فيه إبطال حق لمعين (قوله لم تسمع) لكن إن كان حال الإقرار الأوّل رشيدا على مامر اهـ حج . والمعتمد عدم اشتراط الرشد (قوله بل يقبل إقراره فى أصل الرق) .

[فرع] أقرت حامل بالرق ينبغى أن لايتبع الحمل راجعه اهـ سم على منهج (قوله والزوج) أى والحال (قوله حيث شرط حريتها) أى فإن لم يشرطها لم يتخير (قوله لنحو طلاق) قال سم على حج بعد كلام طويل :

(قوله لأنه لم يكذبه) هذا غير كاف كما لايخفى ، وعبارة التحفة : لأن فيه تصديقا له انتهت . لكن فى دعواه نظر (قوله ويصح عوده على كل منه ومن المقر له) أى على البدل (قوله حق لها وعليها) كذا فى نسخ الشارح صوابه ، وعليه بتذكير الضمير كما فى التحفة عطفا على له فى قوله فيما له (قوله ممن لاتحل له الأمة) أى أو تحل له كما فهم بالأولى نبه عليه سم (قوله وذلك) يعنى عدم الانفساخ المتقدم فى قوله لم ينفسخ كما يعلم من شرح

معه شيء تعلق الأرش برقبته ، وإن أقر بالرق بعده ماقطعت يده مثلا عمدا اقتص من الرقيق دون الحر لأن قوله مقبول فيما يضره أو بعد ماقطعت خطأ وجب الأقل من نصفى القيمة والدية لأن قبول قوله فى الزائد يضر بالجانى (لا) فى الأحكام (الماضية المضرة بغيره) فلا يقبل إقراره بالنسبة إليها (فى الأظهر) كما لايقبل الإقرار على الغير بدين مثلا وتقبل البينة برقه مطلقا والثانى يقبل لأنه لايتجزى ويصير كقيام البينة وعلى الأول (فلو لزمه) أى اللقيط (دين فأقر برق وفى يده مال قضى منه) ثم إن فضل منه شيء فللمقر له ، وإن بقى عليه شيء اتبع به فى عتقه (ولو ادعى رقه من ليس فى يده بلا بينة لم يقبل) جزما إذ الأصل والظاهر الحرية فلا يترك إلا بحجة ، بخلاف النسب احتياطا لمصلحة الصبى لئلا يضيع حقه (وكذا إن ادعاه الملتقط) بلا بينة فلا يقبل (فى الأظهر) لما ذكر . والثانى يقبل ويحكم له بالرق كما لو التقط مالا وادعاه ولا منازع له ، وفرق الأول أن المال مملوك وليس فى دعواه تغيير صفة له واللقيط حر ظاهرا وفى دعواه تغيير صفته ، ثم يستمر بيده كما قاله المزنى وهو الأوجه ، وإن جرى الماوردى على وجوب انتزاعه منها لخروجه بدعوى رقه عن الأمانة وربما استرقه بعده ، وأيد الأذرعى بقول العبادى لوادعى الوصى دينا على الميت أخرجت الوصية عن يده لئلا يأخذها مالم يبرئ ، وتنظير الزركشى فى تعليل الماوردى بأنه لم يتحقق كذبه حتى يخرج عن الأمانة يرد بأن اتهامه صيره كغير الأمين لأن يده صارت مظنة للإضرار باللقيط . نعم قياس قول العبادى أنه لو أشهد أنه حر الأصل بقى بيده (ولو رأينا صغيرا مميزا أو غير مميز فى يد من يسترقه) أى يستخدمه مدعيا رقه (ولم يعرف استنادها إلى التقاط حكم له بالرق) بعد حلف ذى اليد والدعوى عملا باليد والتصرف بلا معارض (فإن بلغ) الصغير الذى استرقه صغيرا سواء ادعى رقه حينئذ أم بعد البلوغ (وقال أنا حر الأصل لم يقبل قوله فى الأصح إلا ببينة) بالحرية لأنه حكم برقه فى صغره فلم يزل إلا بحجة . نعم له تحليفه كما نقلاه عن البغوى وأقراه وفارق مالو رأينا صغيرة بيد من يدعى نكاحها فبلغت وأنكرت فإن على

مالم يطأها بظن الحرية ويستمر ظنه إلى الموت اه . وببعض الهوامش أما إذا وطئها فتعتد بأربعة أشهر وعشر مر . واعتمده شيخنا الزيادى وهو قريب (قوله اقتص من الرقيق) أى القاطع (قوله وتقبل البينة برقه مطلقا) أن مستقبلا وماضيا ، وقوله والثانى يقبل : أى إقراره (قوله قضى منه) قال فى شرح الروض : فلا يقضى من كسبه لأن الديون لاتتعلق بكسب العبد بعد الحجر عليه فيما أذن له فيه بخلاف المهر اه سم على حج . وهذا مستفاد من قول الشارح الآتى وإن بقى عليه شيء اتبع به بعد عتقه (قوله ثم يستمر بيده) أى الملتقط الذى ادعى رقه (قوله وربما استرقه بعده) أى ما ذكر وقوله وأيده أى كلام الماوردى (قوله أنه لو أشهد) أى بعد دعوى الرق (قوله ولو رأينا صغيرا الخ) أى أما لو رأينا بالغا فى يد من يسترقه ولم نعلم سبق حكم عليه بالرق فى صغره فادعى الحرية

الروض (قوله مطلقا) أى ولو بالنسبة لما يضر الغير (قوله يرد) أى التنظير فى التعليل ، وهذه مناقشة لفظية مع الزركشى لاتقتضى اعتماد كلام الماوردى (قوله أى يستخدمه مدعيا رقه) هذا تفسير لمعنى قول المصنف يسترقه وإن كان قول المصنف المذكور غير قيد فى نفسه كما يعلم من قول الشارح الآتى سواء ادعى رقه حينئذ أم بعد البلوغ فتأمله ، فلعل به يندفع ما أشار إليه الشهاب سم من إثبات المناقضة بين هاتين العبارتين (قوله بعد حلف ذى اليد الخ) هذا منه تصريح فى حمل الحكم فى المتن على حكم الحاكم ، وقد يقال : إن صريح التعاليل الآتية يخالفه ومن ثم لم يذكره الشهاب ابن حجر كغيره ، ثم إن قضيته مع قول المصنف الآتى فإن بلغ وقال أنا حر

المدعى البينة ، وكذا لو ادعى عليه حسبة وهى صغيرة بأن اليد دليل الملك فى الجملة ، ويجوز أن يولد وهو مملوك ولا كذلك فى النكاح فاحتاج للبينة . والثانى يقبل قوله لأنه الآن من أهل القول إلا أن يقيم المدعى بينة برقه (ومن أقام بينة برقه) بعد الاحتياج إليها لا إن لم يحتج إليها كبينة داخل قبل أن تشرف يده على الزوال (عمل بها) ولو لخارج غير ملتقط (ويشترط أن تتعرض البينة) فى اللقيط (لسبب الملك) من نحو شراء وإرث لئلا تعتمد ظاهر اليد ، وقضيته أن بينة غير الملتقط لاتحتاج لذلك ويكفى قولها ولو أربع نسوة لأن شهادتهن بالولادة تثبت الملك كالنسب فى الشهادة بالولادة أنه ولد أمته وإن لم تتعرض للملك خلافا لما فى تصحيح التنبيه لأن الغالب أن ولد أمته ملكه (وفى قول يكفى مطلق الملك) كسائر الأموال وفرق الأول بأن اللقيط محكوم بحريته بظاهر اليد فلا يزال ذلك الظاهر إلا عن تحقيق . وطريقة الجمهور كما فى الكفاية جريان الخلاف فى الملتقط وغيره ، وعبارة المصنف محتملة لذلك . لكن سياقه يخصه بالملتقط وفرقهم هذا وتعليلهم الذى قضيته مامر ظاهران فيه (ولو استلحق اللقيط) يعنى الصغير المحكوم بإسلامه ولو غير لقيط (حر مسلم) ذكر ولو غير ملتقط (لحقه) بشروطه المتقدمة فى الإقرار إجماعا لأنه أقر له بحق لاضرر فيه على غيره فأشبه مالو أقر له بمال سواء أكان سفيها أم رشيدا . ولا يلحق بزوجته إلا ببينة كما يعلم مما يأتى . واستحبوا للقاضى أن يقول للملتقط من أين هو ولدك من زوجتك أو أمتك أو شبهة لأنه قد يظن أن الالتقاط يفيد النسب ، وبحث الزركشى وجوبه إذا كان ممن يجهل ذلك احتياطا للنسب ويأتى فى الشهادات مايؤيده ، وتعبيره بالمسلم مثال إذ الكافر يستلحق من حكم بكفره وكذا من حكم بإسلامه كما مر لكن لايتبعه فى الكفر (وصار أولى بتربيته) من غيره لثبوت أبوته له فأولى ليست على بابها كقولك فلان أحق بماله . نعم لو كان كافرا واللقيط مسلم بالدار لم يسلم إليه وعلم أن قوله حر مثال كما أشار لذلك فقال (وإن استلحقه عبد) بشروطه (لحقه) فى النسب دون الرق لإمكان حصوله منه من نكاح أو شبهة لكن يقر فى يد الملتقط وينفق

قبلت دعواه مالم تقم بينة برقه ، ومنه مايوجد من بيع الأرقاء الغالبة بمصرنا ، فإنهم لو ادعوا أنهم أحرار بطريق الأصالة قبل منهم وإن تكرر بيع من هم فى أيديهم مرارا وليس دعواهم الإسلام ببلادهم ولا ثبوته بإخبار غيرهم لجواز كونهم ولدوا من إماء فحكم برقهم تبعا لأمهاتهم (قوله وقضيته أن بينة الخ) صرح فى شرح الروض باشتراط بيان سبب الملك فى الشهادة والدعوى فى غير اللقيط أيضا اهـ سم على حج (قوله لكن سياقه الخ) هذا هو المعتمد (قوله ذكر) قال فى شرح الروض : أما الخنثى فيصح استلحاقه على الأصح عند القاضى أبى الفرج الزاز ويثبت النسب بقوله لأن النسب يحتاط له اهـ سم على حج . زاد على المنهج : فلو مات هذا الولد فهل ترث الخنثى الثلث ويوقف الباقى لاحتمال أنه أنثى وإلا ترث الثلث بشرطه أو لاترث شيئا لأنه قد لايصح استلحاقه فليراجع اهـ . أقول : والأقرب عدم الإرث لأنه يشترط تحقق الجهة المقتضية للإرث ولأنه لايلزم من ثبوت النسب الإرث كما فى استلحاق الرقيق فإنه يثبت النسب دون الإرث (قوله وبحث الزركشى الخ) هو المعتمد

لم يقبل قوله إنه إذا لم يحكم الحاكم برقه فى صغره أن يقبل قوله بعد بلوغه فى الحرية فليراجع (قوله ويجوز أن يولد وهو مملوك) أى فمن يدعى رقه مستمسك بالأصل (قوله من نحو شراء أو إرث) انظر من أين يعلم ذلك مع أنه لقيط (قوله أنه ولد أمته) هذا مقول قولها وقوله فى الشهادة بالولادة متعلق به أيضا (قوله المحكوم بإسلامه) انظر ماالداعى إلى التقييد به (قوله ولو غير ملتقط) هذه الغاية علمت من قوله ولو غير لقيط (قوله وعلم أن قوله حر مثال) انظر من أين علم

عليه من بيت المال وفصله عن الحر لقوله (وفى قول يشترط تصديق سيده) له لأنه يقطع إرثه بفرض عتقه . وأجاب عنه الأول بأن هذا غير منظور له لصحة استلحاقه ابنا مع وجود أخ (وإن استلحقته امرأة لم يلحقها فى الأصح) لإمكان إقامة البينة بمشاهدة الولادة بخلاف الرجل ، وإذا أقامتها لحقها وإن كانت أمة ، ولا يثبت رقه لمولاها ولا يلحق زوجها إلاإن أمكن وشهدت بالولادة على فراشه وحينئذ لاينتفى عنه إلا باللعان . والثانى يلحقها لأنها أحد أبوين فصارت كالرجل (أو) استلحقه (اثنان لم يقدم مسلم وحر على ذمى) وحربى (وعبد) إذ استلحاق كل منهم صحيح ويد الملتقط غير صالحة للترجيح هنا (فإن) كان لأحدهما بينة سليمة من المعارض عمل بها فإن (لم يكن) لواحد منها (بينة) أو كان لكل بينة وتعارضتا ، فإن سبق استلحاق أحدهما ويده عن غير إلتقاط قدم لثبوت النسب منه مع اعتضاده باليد فهى عاضدة غير مرجحة ، وإن لم يسبق أحدهما كذلك كأن استلحقه لاقطه ثم ادعاه آخر (عرض على القائف) الآتى قبيل العتق (فيلحق من ألحقه به) لما يأتى ثم ولا يقبل منه بعد إلحاقه بواحد إلحاقه بآخر إذ الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد ، ومن ثم لو تعارض قائفان كان الحكم للسابق وتقدم عليه البينة ولو تأخرت كما يقدم هو على مجرد الانتساب لأنه بمنزلة الحكم فكان أقوى (فإن لم يكن قائف) بالبلد أو بدون مسافة القصر منه كما ذكره الماوردى وحكاه الرافعى فى العدد عن الرويانى وقيل بالدنيا وقيل بمسافة العدوى (أو) وجد ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) وقف الأمر إلى بلوغه و (أمر بالانتساب) قهرا عليه كما صرح به الصيمرى ، زاد غيره : وحبس إن امتنع وقد ظهر له ميل وإلا وقف الأمر (بعد بلوغه إلى من يميل طبعه إليه منهما) لما صح عن عمر رضى الله عنه من أمره بذلك ، ويحرم عليه الانتساب بالتشهى بل لابد من ميل جبلى كميل القريب لقريبه ، وشرط فيه الماوردى أن يعرف حالهما ويراهما قبل البلوغ وأن تستقيم طبيعته ويتضح ذكاؤه ، وأقره ابن الرفعة وأيده الزركشى بقولهم إن الميل بالاجتهاد : أى وهو يستدعى تلك المقدمات ولو انتسب لغيرهما وصدقه ثبت نسبه ، ولا يخير المميز كما يأتى فى الحضانة لأن رجوعه معمول به ثم لاهنا فقوله ملزم والصبى من أهل الإلزام وينفقانه مدة الانتظار ثم يرجع الآخر على من ثبت له بما أنفق إن أذنه فيه الحاكم أو أشهد على الرجوع عند فقده على قياس نظائره ، وإلا فتبرع ، ولو تداعاه امرأتان أنفقتا ولا رجوع مطلقا

(قوله فإن سبق استلحاق أحدهما الخ) وكذا لايقدم رجل على امرأة بل إن أقام أحدهما بينة عمل بها وإن أقاما بينتين وتعارضتا فإن كان لأحدهما يد من غير التقاط ولو المرأة قدم وإلا قدم الرجل لأن مجرد دعوى المرأة لاتعارضه لعدم صحة استلحاقها . ومن هذا يعلم جواب حادثة وقعت وهى أن بنتا بيد امرأة مدة من السنين تدعى المرأة أمومتها لتلك البنت من غير معارض ، ومع شيوع ذلك بين أهل محلتها وجاء رجل ادعى أنها بنته من امرأة ميتة لها مدة وهو أنه إن أقام أحدهما بينة ولم تعارض عمل بها وإلا بقيت مع المرأة لاعتضاد دعواها باليد (قوله فإن لم يكن قائف بالبلد أو بدون مسافة القصر) هذا هو المعتمد (قوله ثم يرجع الآخر على من ثبت له) أى فلو لم يثبت لواحد منهما بل ثبت لغيرهما أو لم يثبت نسبه لا لهما ولا لغيرهما فهل يرجع المنفق على من ثبت نسبه منه أو على اللقيط نفسه لوجود الانفاق عليه ؟ فيه نظر، والأقرب عدم الرجوع فيهما لأنه لم يقصد واحدا منهما بالإنفاق (قوله على قياس نظائره) قال حج : ثم بنيته انتهى : يعنى إذا فقد الشهود وأنفق بنية الرجوع رجع وفيه أن فقد الشهود نادر ، فقياس مامر للشارح عدم الرجوع (قوله ولا رجوع مطلقا) لإمكان القطع بالولادة وأوخذت

(قوله ولا رجوع مطلقا) أى لأن دعوى المرأة ولادته يحكم القطع فيها فتؤاخذ بموجب قولها .

(ولو أقاما بينتين) على النسب (متعارضتين) كأن اختلف تاريخهما (سقطتا فى الأظهر) لانتفاء المرجح فيرجع للقائف ، واليد هنا لاترجيح بها لأنها لاتثبت النسب بخلاف الملك . والثانى لايسقطان وترجح إحداهما بقول القائف . قال الرافعى : ولا يختلف المقصود على الوجهين وهما مفرعان على قول التساقط فى التعارض فى الأموال ، ولو تداعيا مولودا فادعى أحدهما ذكورته والآخر أنوثته فبان ذكرا لم تسمع دعوى من ادعى الأنوثة فى أوجه احتمالين لأنه قد عين غيره ، ولو استرضع ابنه يهودية ثم غاب وعاد فوجدها ميتة ولم يعرف ابنه من ابنها وقف الأمر كما أفتى به المصنف إلى تبين الحال ببينة أو قائف أو بلوغهما وانتسابهما انتسابا مختلفا ، ويوضعان فى الحال فى يد مسلم ، فإن لم يوجد شىء مما مر دام الوقف فيما يرجع للنسب ويتلطف بهما ليسلما ، فإن أصرا على الامتناع لم يكرها عليه ، وإذا ماتا دفنا بين مقابر المسلمين والكفار ، وتجب الصلاة عليهما وينويها على المسلم منهما إن صلى عليهما معا ، وإلا فعليه إن كان مسلما كما علم مما مر فى كتاب الجنائز ، وخالف التاج الفزارى المصنف ، والأول أصح .

كل بموجب قولها اه حج . وقول حج لإمكان القطع : أى بالبينة بالولادة (قوله واليد هنا لاترجيح بها) عبارة حج : واليد هنا غير مرجحة ، وكتب عليه سم مانصه : أى ولا عاضدة ، ولا ينافى ذلك قوله السابق فإن سبق استلحاق أحدهما إلى قوله فهى عاضدة لامرجحة بحمل هذا على ما إذا لم يسبق استلحاق ذى اليد فليتأمل . وكتب أيضا قوله واليد الخ فى شرح الروض ، ويفارق مالو استلحقاه ولكل منهما بينة حيث لايقدم باليد كما مر ولا بتقدم التاريخ ، فإن أقامها أحدهما بأنه بيده منذ سنة والآخر بأنه منذ شهر بأن اليد وتقدم التاريخ يدلان على الحضانة دون النسب (قوله فبان ذكرا) أى أو أنثى لم تسمع دعوى من ادعى ذكورته ، وقياسه أنه لو بان خنثى لم تسمع دعوى واحد منهما (قوله ولو استرضع ابنه) قوة كلامه تشعر بجواز استرضاع اليهودية وغيرها من الكافرات للمسلم ، ولا مانع منه لأن استرضاعها استخدام لليهودية واستخدام الكفار غير ممنوع ، ولا نظر إلى أنها يخاف منها على الطفل ، لأنا نقول : هذه الحالة إذا وجدت فى المسلمة امتنع تسليم الرضيع لها ، وظاهره أيضا سواء كان ببيتها أم بيت وليه (قوله فيما يرجع للنسب) أى ويجب على أبويهما نفقتهما بأن ينفق كل واحد منهما على كل من الوالدين نصف كفايته أو يتفقا على أن كلا منهما ينفق على واحد بعينه من الولدين (قوله لم يكرها عليه) أى بعد البلوغ (قوله وإذا ماتا دفنا بين الخ) أى وجوبا ولو تركا مالا فإن رجى ظهور الحال وقف وإلا فينبغى أنه من الأموال الضائعة فأمره لبيت المال .

كتاب الجعالة

هى بتثليث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره ، واقتصر المصنف والجوهرى وغيرهما على كسرها ، وابن الرفعة فى الكفاية والمطلب على فتحها ، وهى لغة اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شىء يفعله ، وكذا الجعل والجعيلة . وشرعا : التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول . وذكرها بعض الأصحاب كصاحب المهذب والشرح والروضة عقب الإجارة لأنها عقد على عمل ، وأوردها الجمهور هنا لأنها طلب التقاط الدابة الضالة . والأصل فيها الإجماع ، واستأنسوا لها بقوله تعالى ـ ولمن جاء به حمل بعير ـ وكان معلوما عندهم كالوسق ، وقد ورد فى شرعنا تقريره بخبر الذى رقاه الصحابى بالفاتحة على قطيع من الغنم كما فى الصحيحين عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وهو الراقى كما رواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ، والقطيع ثلاثون رأسا من الغنم قال الزركشى : ويستنبط منه جواز الجعالة على ماينتفع به المريض من دواء أو رقية وإن لم يذكروه ، وهو متجه إن حصل به تعب وإلا فلا أخذا مما يأتى ، ولأن الحاجة تدعو إليها فى رد ضالة وآبق وعمل لايقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الإجارة عليه للجهالة فجازت كالإجارة والقراض . وأركانها أربعة : صيغة ، ومتعاقدان

كتاب الجعالة

(قوله وابن الرفعة الخ) عبارة شرح المنهج بتثليث الجيم ، واقتصر جماعة على كسرها وآخرون على كسرها وفتحها وعليها فيتحصل فيها أربعة مذاهب ولم يبينوا الأفصح ، ويحتمل أنه الكسر لاقتصار الجوهرى عليه (قوله وكذا الجعل) أى اسم لما يجعله الخ (قوله واستأنسوا لها) إنما قال ذلك ولم يقل واستدلوا لأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وإن ورد فى شرعنا مايقرره (قوله الذى رقاه الصحابى) أو وكان المرقى لديغا اهـ حج (قوله والقطيع ثلاثون رأسا) هو بيان لما اتفق وقوعه ، وإلا فالمعنى اللغوى لايتقيد بعدد كما يدل عليه عبارة المختار حيث لم يبينه بعدد مخصوص وعبارته : والقطيع اسم للفرقة من البقر أو من الغنم ، والجمع أقاطيع وأقاطع وقطعان (قوله من دواء أو رقية) ثم ينبغى أن يقال إن جعل الشفاء غاية لذلك كالتداوى إلى الشفاء أو لترقينى إلى الشفاء فإن فعل ووجد الشفاء استحق الجعل ، وإن فعل ولم يحصل الشفاء لم يستحق شيئا لعدم وجود المجاعل عليه وهو المداواة والرقية إلى الشفاء ، وإن لم يجعل الشفاء غاية ذلك كلتقرأ على علتى الفاتحة سبعا مثلا استحق بقراءتها سبعا لأنه لم يقيد بالشفاء ، ولو قال لترقينى ولم يزد أو زاد من علة كذا فهل يتقيد الاستحقاق بالشفاء ؟ فيه نظر ، وقد يؤخذ من قوله فى مسئلة المداواة الآتى فى الفرع قبيل ولو اشترك اثنان وإلا فأجرة المثل فساد الجعالة هنا ووجوب أجرة المثل فليحرر اهـ سم على حج (قوله وهو متجه) من عند مر (قوله إن حصل به تعب) لعل قصة أبى سعيد حصل فيها تعب كذهابه لموضع المريض ، فلا يقال قراءة الفاتحة لا تعب فيها فكيف صحت الجعالة عليها أو أنه قرأها سبع مرات مثلا ، وينبغى أن المراد بالتعب بالنسبة لحال الفاعل (قوله ولا تصح الإجارة عليه) من تتمة التعليل ، وقوله للجهالة يرد عليه أن المعلوم تصح الجعالة عليه مع صحة الإجارة على فعله . ويمكن الجواب بأن الدليل هو

كتاب الجعالة

وعمل ، وعوض ، كما علمت من شروطها من كلامه هنا وفيما يأتى (هى كقوله) أى مطلق التصرف المختار (من ردّ آبق) أوآبق زيد كما يصرح به (فله كذا) وإن لم يكن فيه خطاب لمعين للآية ، واحتمل إبهام العامل لأنه قد لايهتدى إلى الراغب فى العمل ، وإذا صح مع إبهام العامل فمع تعيينه أولى كقوله إن رددت عبدى فلك كذا ، وهى تفارق الإجارة من أوجه جوازها على عمل مجهول ، وصحتها مع غير معين وعدم اشتراط قبول العامل وكونها جائزة لا لازمة ، وعدم استحقاق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل ، فلو شرط تعجيل الجعل فسد العقد واستحق أجرة المثل ، فإن سلمه بلا شرط امتنع تصرفه فيه فيما يظهر ، ويفرق بينه وبين الإجارة بأنه ثم ملكه بالعقد وهنا لايملكه إلا بالعمل ، ولو قال من ردّ عبدى فله درهم قبله بطل ، قاله الغزالى فى كتاب الدور ، وعدم اشتراط قبضه فى المجلس مطلقا ، ويشترط فى الملتزم للجعل مالكا أو غيره كونه مطلق التصرف كما فى الإجارة ، فلا يصح بالتزام صبىّ أومجنون أو محجور عليه بسفه ، وفى العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادرا عليه فيدخل فيه العبد ، وغير المكلف بإذن وغيره كما قاله السبكى وغيره خلافا لابن الرفعة إذا لم يأذن له سيده ، ويخرج عنه العاجز عن العمل كصغير لايقدر عليه وضعيف يغلبه العمل على نفسه لأن منفعته معدومة فأشبه استئجار الأعمى للحفظ ، كذا قاله جماعة كالزركشى وابن العماد . وقال الأذرعى : كان المراد أهلية التزامه ، ويحتمل أنه أراد مكانه . وقال فى المهمات : كأنه يشير بذلك إلى اشتراط بلوغه وتمييزه ، أما إذا كان مبهما فيكفى علمه بالنداء . قال

مجموع العلل المذكورة فلا يضر تخلف بعضها عن الحكم (قوله وعمل) فى عده من الأركان مسامحة لأنه لايوجد إلا بعد تمام العقد ، إلا أن يقال : المراد بعدّه منها ذكره فقط فى العقد والمتأخر إنما هو ذات العمل (قوله وهى) أى الجعالة تفارق الخ (قوله فإن سلمه) أى الجعل قبل الفراغ من العمل سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده (قوله امتنع تصرفه) قال بعض المشايخ : أى من حيث كونه جعلا ، أما من حيث رضا المالك الدافع الذى تضمنه التسليم فيجوز التصرف فيه . أقول : هو مسلم فى التصرف فيه بالانتفاع به بنحو أكله أو لبسه ، أما التصرف فيه بنقل الملك فيه الذى يتوقف عليه ذلك فلا ، ولو أتلفه بنحو أكله فهل يضمنه الوجه أنه يضمنه لأنه لم يسلمه له مجانا بل على أنه عوض ، وهل له رهنه لأن تسليم المالك إياه عن الجعل يتضمن الرضا بذلك ويكون مضمونا كما تقدم أولا لأن قبضه عن الجعالة فاسد لعدم ملكه واستحقاق قبضه ؟ فيه انظر اهـ سم على حج . أقول : قياس ماقدمه من منع بيعه منع رهنه (قوله فيما يظهر) عبارة حج بدل فيما يظهر على الأوجه (قوله ويفرق بينه) أى بين امتناع التصرف على العامل (قوله فله درهم قبله) أى قبل الرد ، وقوله بطل أى العقد لشرط تعجيل الجعل (قوله مطلقا) أى معينا أو فى الذمة (قوله وغير المكلف) أى حيث كان من الآدميين وكان قادرا على العمل أخذا من قوله الآتى كصغير لايقدر الخ (قوله إذا لم يأذن له) أى حيث قال لايصح مع الرقيق بدون إذن سيده (قوله يغلبه العمل على نفسه) أى فلا يطيقه فكأن العمل قهره وغلبه حتى عجز عنه ، وقوله للحفظ : أى بالبصر (قوله كان المراد) أى بقوله قدرته (قوله ويحتمل أنه أراد) أى بأهلية العمل وهذا هو المعتمد ، وقوله إمكانه : أى إمكان العمل (قوله وتمييزه) الواو بمعنى أو (قوله فيكفى علمه بالنداء) أى دون قدرته على العمل لكن فيه أنه حيث أتى به بانت قدرته ، إلا أن يقال : المراد بالقدرة كونه قادرا بحسب العادة غالبا ، وهذا لاينافى وجود

(قوله ويشترط فى الملتزم الخ) تقدم هذا (قوله وغير المكلف) أى فيستحق المسمى كما هو ظاهر السياق ، وهو الذى سيأتى عن السبكى والبلقينى (قوله ويحتمل أنه أراد) يعنى المصنف فى الروضة بقوله المارّ فى العامل

الماوردى هنا : لوقال من جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد عاقل أو مجنون إذا سمع النداء أو علم به لدخولهم فى عموم من جاء وخالف فى السير فقال لايستحق الصبي ولا العبد إذا قام به بغير إذن سيده ، والصيغة التى ذكرها المصنف تدل على الإذن عرفا لأن الترغيب فى الشيء يدل على طلبه ، وقضية الحد صحتها فى إن حفظت مالى من متعد عليه فلك كذا . وهو ظاهر إن عين له قدر المال وزمن الحفظ . وإلا فلا لأن الظاهر أن المالك يريد الحفظ على الدوام وهذا لاغاية له فلم يبعد فساده بالنسبة للمسمى فيجب له أجرة المثل لما حفظه (و) علم من مثاله الذى دل به عليه حدها كما تقرر أنه (يشترط) فيها لتتحقق (صيغة) من الناطق الذى لم يرد إتيانه بكتابة (تدل على العمل) أى الإذن فيه كما بأصله (بعوض) معلوم مقصود (ملتزم) لأنها معاوضة فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبذول كالإجارة والكتابة وإشارة الأخرس المفهمة تقوم مقام الصيغة والكتابة كناية إن نواه بها صح وإلا فلا (فلو عمل) أحد (بلا إذن) أو بإذن من غير ذكر عوض أو بعد

العمل مع العجز على خلاف الغالب ، أو يقال : لاتشترط قدرته أصلا ويكفى إذنه لمن يعمل فيستحق بإذنه الجعل ويصرح بهذا قول ع : لوكان العامل معينا ثم وكل غيره و لم يفعل هو شيئا فلا جعل لأحد وإن كان عاما فعلم به شخص ثم وكل استحق الأول . هذا محصل بحث الشيخين خلافا للغزالى فى الأولى ، وقوله قال الماوردى الخ معتمد (قوله فمن جاء به استحق) أى الجعل لا بقيد كونه المسمى فلا ينافى مايأتى له عن الأنوار من أن الصبى والسفيه لهما أجرة المثل ، وينبغى أن مثلهما المجنون إذا كان له نوع تمييز ، وأما العبد فالقياس استحقاقه المسمى إن كان بالغا عاقلا لأنه يصح قبوله الهبة ويكون لـ يده فالجعل أولى لبنائهم أمر الجعلة على المسامحة فليتأمل (قوله أو مجنون) أى له نوع تمييز اهـ حج (قوله إن عين له قدر المال) أى الذى يحفظه وسواء كان علم قدره بمجرد الرؤية أو غيرها (قوله الذى دل به) أى بالمثال (قوله صيغة) قال فى شرح الروض : فلو عمل أحد بلا صيغة فلا شيء له وإن كان معروفا برد الضوال بعدم الالتزام له فوقع عمله تبرعا ، ودخل العبد فى ضمانه كما جزم به الماوردى . وقال الإمام : فيه الوجهان فى الأخذ من الغاصب بقصد الرد إلى المالك ، والأصح فيه الضمان انتهى . ولقائل أن يقول : كان ينبغى عدم الضمان كما لو أخذه ممن لايضمن كالحربى بجامع أنه ليس فى يد ضامنه اهـ سم على حج . وقوله معروفا برد الضوال ، ومنه رد الوالى مثلا له وشيوخ العرب فلا أجرة لهم فيدخل المردود فى ضمانهم حيث لم يأذن مالكه فى الرد ، ولا يمنع من ذلك التزامهم من الحاكم غفر تلك المحلة وحفظ مافيها مالم تدل قرينة على رضا المالك برد ما أخذ ، وقوله ولقائل الخ نقل فى قولة أخرى خلافه ، والأقرب ماهنا من دخوله فى ضمانه ، ووجهه بأن بقاء المغصوب فى يد من لايضمن يتوقع التلف معه أكثر من الضال ، فإنه بتقدير عدم رده يجوز اطلاع المالك عليه فيأخذه ولا يفوت عليه ، بخلاف الحربى مثلا فإن العود منه بعيد عادة (قوله الذى لم يرد إتيانه) قيد بما ذكر لأنه حمل الصيغة على اللفظ وجعل الإشارة والكتابة قائمين مقام الصيغة ، والظاهر أن ماسلكه غير متعين لإمكان حمل الصيغة على مايشمل ذلك (قوله إن نواه) أى عقد الجعالة (قوله فلو عمل أحد بلا إذن الخ) ومن ذلك ماجرت به العادة فى قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة الجرين نهارا وجماعة اعتادوا حراسته ليلا ، فإن اتفقت معاقدتهم على شيء من أهل الجرين أو من بعضهم بإذن الباقين لهم فى العقد استحق الحارسون ماشرط لهم إن كانت الجعالة صحيحة وإلا فأجرة المثل ، وأما إن باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتمادا

المعين أهلية العمل ، ولم يتقدم مرجع الضمير فى كلام الشارح

الإذن لكنه لم يعلم به سواء المعين وقاصد العوض وغيرهما (أو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له) وإن كان معروفا برد الضوال بعوض لأنه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله تبرعا . نعم لو رده قن المقول له استحق سيده الجعل لأن يد قنه كيده كذا قالاه. قال السبكي : وهوظاهر إذا استعان به سيده ، وإلا ففيه نظر لأنه لم يدخل فى اللفظ لاسيما إذا لم يكن علم النداء ، وقد قال المـاوردى : لو قال من رد عبدى من سامعى ندائى فله كذا فرده من علم نداءه ولم يسمعه لم يستحق ، وصرح بمثله القاضى الحسين انتهى . قال الأذرعى : وقول القاضى فإن رده بنفسه أو بعبده استحق يفهم عدم الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد (ولو قال أجنبى) مطلق التصرف مختار (من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد) العالم به (على الأجنبى) لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبى ، وكما لو التمس إلقاء متاع الغير فى البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه ، وليس كما لو التزم الثمن فى شراء غيره أو الثواب فى هبة غيره لأنه عوض تمليك فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك والجعل ليس عوض تمليك ، واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لايجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول الأجنبى بل بضمنه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لاحاجة إلى الإذن فى ذلك لأن المـالك راض به قطعا ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المـالك لمن شاء فى الرد والتزم الأجنبى بالجعل أو يكون للأجنبى ولاية على المـالك ، وقد يصور أيضا بما إذا ظنه العامل المـالك أو عرفه وظن

على ماسبق من دفع أرباب الزرع للحارس سهما معلوما عندهم لم يستحقوا شيئا (قوله عدم الاستحقاق) هذا هو المعتمد خلافا لحج . وفى سم على حج : ولو قال من رد عبدا فله كذا فهل هو كما لو قال من رد عبد زيد حتى إذا رد عبدا مّا لأحد أو عبدا موقوفا مثلا استحق ينبغى نعم م ر انتهى . وقد يشمل ذلك قول الشارح فى التعريف لمعين أومجهول (قوله كما التزم الثمن) أى قبل الشراء حيث لايلزمه شىء ، لكن تقدم عن حج فى الضمان أنه لو التزم الثمن لغيره كأن قال بعه وعلى ثمنه صحة ذلك ووجوب ما التزمه عليه قال وليس هذا من الضمان المحوج إلى أصيل بل هو مثل مالو قال ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه (قوله واستشكل ابن الرفعة هذه) أى استحقاق العامل للعوض بقول الأجنبى (قوله لأن المـالك راض به قطعا) أى وعليه فينبغى أن لاضمان له إذا تلف لأن رضاه برده منزل منزلة إذنه فى الرد ، ويؤيده مالوانتزع المغصوب من يد غير ضامنه كالحربى ليرده على مالكه فإنه لاضمان فيه إذا تلف ، لكن فى كلام سم على حج مانصه : ومع ذلك : أى الرضا بالرد يضمنه كما هو ظاهر إذ ليس من جملة الأمانات إلى آخر ماذكر وقد قيل ذلك عن شرح الروض مايوافقه ، ، ثم قال : ولقائل أن يقول كان ينبغى عدم الضمان كما لو أخذه ممن لايضمن كالحربى وأطال فى بيانه فراجعه ، وما ذكره ظاهر حيث لم تدل قرينة على رضا المـالك بالرد وإلا فلا ضمان (قوله فإنه) أى ابن يونس (قوله أو يكون للأجنبى ولا ية على المـالك) هذا وقد يقال لوسلم أنه لايجوز له وضع يده عليه فلا يلزم منه عدم استحقاق الأجرة لأنها فى مقابلة ماحصل من

(قوله وكما لو التمس الخ) ليس هذا نظير مانحن فيه ، لأنه إنما يلزمه إذا كان خائفا على نفسه ، ولهذا لو كان بالشط أو بمركب آخر لايلزمه شىء (قوله أويكون للأجنبى ولاية) قد ينافى هذا ما يأتى قريبا من أنه فى هذه الصورة يكون الجعل من مال المولى بقيده إلا أن تكون الصورة هنا أنه التزم أكثر من أجرة مثل العمل إذ الحكم حينئذ أن الجعل جميعا فى ماله فليراجع (قوله وقد يصور أيضا الخ) قضية هذا كالجواب الأول أن العامل يستحق الجعل المسمى مطلقا فى الأول ، وبشرط ظن رضا المـالك فى هذا فيما إذا استبد الملتزم بالالتزام ، وقضية ما عداهما عدم استحقاقه حينئذ فليحرر الحكم (قوله بما إذا ظنه العامل المـالك)

رضاه ، وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل علىّ وهو كذلك ، فقد قال الخورزمى فى الكافى : ولو قال الفضولى من رد عبد فلان فله علىّ دينار ، أو قال فله دينار فمن ردّه استحق على الفضولى ماسمى انتهى . وصرح به ابن يونس فى شرح التعجيز فإنه صور المسئلة بما إذا قال له علىّ ثم قال وألحق الأئمة به قوله فله كذا وإن لم يقل علىّ لأن ظاهره التزام ، ولوقال أحد شريكين فى رقيق من رد رقيقى فله كذا فردّه شريكه فيه استحق الجعل ، وصورة المسئلة إذا لم يكن القائل ولىّ المالك ، فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الرادّ فى مال المالك بمقتضى قول وليه وتعبيرهم بالأجنبى يشير إليه ، وعلم مما مر أنه لايتعين على العامل المعين العمل بنفسه ، فلو قال لشخص معين إن رددت عبدى الآبق فلك كذا لم يتعين عليه السعى بنفسه بل له الاستعانة بغيره فإذا حصل العمل استحق الأجرة . قاله الغزالى فى البسيط . قال الأذرعى وهو ملخص من النهاية انتهى . ولم يقف الشيخان على ذلك فذكراه بحثا . وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره فى الرد كتوكيل الوكيل ، فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لايليق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره كالتوكيل فى الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لايستنيب فيها إلا إن عذر

المنفعة المجاعل عليها ، وليس هذا كمن استؤجر لصوغ إناء من ذهب أو فضة لأن المنفعة ثم لاتقابل بأجرة بخلافه هنا (قوله استحق الجعل) أى على القائل ، ومثله مالو رده غير الشريك ، ومنه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن شخصا بينه وبين آخر شركة فى بهائم فسرقت البهائم أو غصبت فسعى أحد الشريكين فى تحصيلها وردّها وغرم على ذلك دراهم ولم يلتزم شريكه منها شيئا ، وهو أن الغارم لا رجوع له على شريكه بشىء مما غرمه ، ومن الالتزام مالو قال له كل شىء غرمته أو صرفته كان علينا ويغتفر الجهل فى مثله للحاجة ، ويؤيده مالو قال له عمر دارى على أن ترجع بما صرفته حيث قالوا يرجع بما صرفه (قوله وصورة المسئلة) أى قول المتن ولو قال الخ وقوله ولىّ المالك أووكيله اه حج (قوله مثل ذلك العمل) أى فلو زاد على أجرة المثل فهل تفسد الجعالة أوتصح ويجب الجعل فى مال الولى ؟ فيه نظر ، والقياس عند الإطلاق انصراف الجعالة إلى المحجور ، فإذا زاد المسمى على أجرة المثل فسد ووجب أجرة المثل مر اه سم على حج . وقوله ووجب أجرة المثل : أى فى مال المولى عليه ، وقد يقال قياس مالو وكلت فى اختلاعها أجنبيا بقدر فزاد عليه من أن عليها ماسمت وعليه الزيادة أن يكون هنا كذلك فليتأمل (قوله وعلم مما مر) أى فيما لو رده العبد بإذن سيده على مامر (قوله لم يتعين عليه العمل بنفسه) ظاهره ولو قادرا ، لكن سيأتى فى الشرح مايخالفه (قوله كما يستعين به) قال حج بعد مثل ماذكر : فعلم أن من جوعل على الزيارة لايستنيب فيها إلا إن عذر وعلمه المجاعل حال الجعالة ، ثم قال بعد قول المصنف ولوقال من بلد الخ ولو جاعله على حج وعمرة وزيارة فعمل بعضها استحق بقسطه بتوزيع المسمى على أجرة مثل الثلاثة انتهى . وهويفيد جواز الجعالة على الزيارة ، وقد مر للشارح فى الإجارة أنه لاتصح الإجارة على الزيارة ، وعليه فالفرق أن الجعالة دخلها التخفيف فلم يشدد فيها بخلاف الإجارة (قوله لايستنيب فيها إلا أن عذر) قضيته

فى كون هذا بمجرده ينفى الضمان نظر لا يخفى (قوله أو عرفه وظن رضاه) هذا هو الجواب الأوّل بزيادة قيد (قوله قدر أجرة مثل ذلك العمل) قد يتوقف فيه فيما إذا لايمكن تحصيله إلا بأكثر بأن كان لايقدر على رده غير واحد مثلا وطلب أكثر من أجرة المثل ولا يخفى أن بذل أكثر من أجرة المثل أسهل من ضياع

وعلم به الجاعل حال الجعالة (وإن قال) الأجنبي (قال زيد من رد عبدى فله كذا وكان كاذبا لم يستحق) الراد (عليه) لعدم التزامه (ولا على زيد) إن كذبه لأنه لم يلتزم له شيئا فلو شهد المخبر على المالك بأنه قاله لم تقبل شهادته لأنه متهم فى ترويج قوله وإن صدق زيد المخبر ، فإن كان ممن يعتمد قوله استحقه على المالك ، وإلا فكأن لا خبر فلا يستحق على أحد ويظهر أن محل وإلا الخ ما إذا لم يصدقه العامل وإلا استحق على المالك المصدق (ولا يشترط قبول العامل) لفظا لما دل عليه لفظ الجاعل (وإن عينه) بل يكفى العمل كالوكيل ومن ثم لو رده ثم عمل لم يستحق إلا بإذن جديد وفى الروضة وأصلها إذا لم يعين العامل لايتصور قبول العقد وظاهره ينافى المتن . ويجاب بأن معنى عدم تصور ذلك بعده بالنظر للمخاطبات العادية ومعنى تصوره الذى أفهمه الكتاب أنه من حيث دلالة اللفظ على كل سامع مطابقة لعمومه صار كل سامع كأنه مخاطب فتصور قبوله ولا يشترط المطابقة . فلو قال إن رددت آبقى فلك دينار فقال أرده بنصف دينار استحق الدينار . فإن القبول لا أثر له . قاله الإمام وذكره القمولى نحوه . ولا يعارضه قولهم فى طلقنى بألف فقال بمائة طلقت بها كالجعالة ولا قولهم فى اغسل ثوبى وأرضيك فقال لا أريد شيئا لم يجب شىء لأن الطلاق لما توقف على لفظ الزوج أدير الأمر عليه . ويؤخذ من كلام الإمام والقمولى أنها لاترتد بالرد . ودعوى أنه إن رد الجعل من أصله أثر أو بعضه فلا لأثر لها . وقال فى الأنوار :

أن ماذكر معتبر حتى فى إذن السيد لعبده ، إلا أن يفرق بأن يد العبد كيد السيد فكأنه الراد فلا يتوقف على العذر ولا على الجاعل ، ومن العذر مالو عجز عن مباشرة ماوكل فيه أو كونه لايليق به ، فالقادر على الفعل اللائق به والعاجز الذى لم يعلم بحاله الموكل حال الجعالة لايصح توكيله ، وعليه فلو وكل فى الفعل لم يصح ولا يستحق إلى آخر ماذكرنا (قوله وعلم به الجاعل حال الجعالة) أى فلو لم يعذر أو لم يعلم الملتزم امتنع التوكيل ولا يستحق على الملتزم شيئا بل ينبغى ضمان العامل بوضع يده على العين إن لم يعلم رضا المالك بالوضع ، هذا إذا كان غرض المالك الرد من المعين بخصوصه فلا ينافى مايأتى فيما لو أذن لمعين وقصد غيره إعانته كما سيأتى فى كلام الشارح حيث قال لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له (قوله فإن كان ممن يعتمد قوله) أى بأن كان ثقة ، ولا مانع أن يراد ثقة فى ظن العامل اه سم على منهج (قوله لم يستحق إلا بإذن جديد) صريح فى أنها ترد بالرد (قوله وظاهره ينافى المتن) أى إذا دل قوله وإن عينه على تصور قبول غير المعين ، ويمكن أن يجاب عن المتن بوجهين : أحدهما أن عدم الاشتراط يصدق بعدم الإمكان . والثانى أن واو وإن عينه للحال تأمل اه سم (قوله ولا تشترط المطابقة) أى مطابقة القبول للإيجاب (قوله استحق الدينار) قضيته ما يأتى عن حج أنه لو قال أرده بلا شىء لايستحق عوضا ، وسيأتى للشارح مايرده فى قوله ودعوى أنه الخ فيستحق الكل (قوله لأن الطلاق لما توقف الخ) يشكل على هذا الجواب قولهم كالجعالة الدال على استواء الجعالة والطلاق فيما ذكر ، وهذا هو وجه الاعتراض فيما يظهر . فالحاصل أن قولهم المذكور دال على أن اللازم هنا نصف الدينار وهو مخالف لقول الإمام ، وظاهر أن الاعتراض بهذا لايدفعه الفرق بين الخلع والجعالة اه سم على حج . أقول : ويمكن الجواب بأن المراد من التشبيه المشاركة فى مجرد استحقاق العوض (قوله أدير الأمر عليه) وبأن الأخيرة ليست نظيرة مسئلتنا لأن مافيها رد للجعل من أصله فأثر بخلاف رد بعضه (أنها ترد بالرد) هذا يخالف مامر فى قوله ومن ثم لو رد ثم عمل لم يستحق إلا أن يحمل ماتقدم

الضالة رأسا (قوله ويؤخذ من كلام الإمام الخ) هذا هو الجواب عن الإشكال بمسئلة اغسل ثوبى . وحاصله أن الجعالة لما كانت لاترد بالرد وجب جميع المجعول وإن رد بعضه ، بخلاف اغسل ثوبى فإنه إجارة فاسدة ، وأصل الإجارة أنها ترتد بالرد ، ولا خفاء أن الجواب الأول مأخوذ من كلام الإمام أيضا فتأمل (قوله فلا أثر لها) الخبر

ولو ردّه الصبى أو السفيه استحق أجرة المثل لا المسمى ورد المجنون كرد الجاهل بالنداء. وقال السبكى : الذى يظهر وجوب المسمى فى هذه المسائل كلها ، وجزم بذلك البلقينى فى الصغير والمجنون ولم يقيده بشىء (وتصح) الجعالة (على عمل مجهول) كما علم من تمثيله أوّل الباب وذكره هنا لضرورة التقسيم لأن الجهالة احتملت فى القراض لحصول زيادة فاحتمالها فى ردّ الحاصل أولى وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة (وكذا معلوم) كمن رده من موضع كذا (فى الأصح) لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى ، والثانى المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، ومر أنه لابد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة كرد آبق أو ضال أو حج أو خياطة أو تعليم علم أو حرفة أو إخبار فيه غرض وصدق فيه ، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه كدينار فلا شىء له إذ ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض أو عبدا آبقا استحق ، ولو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله غير من هو بيده استحق لأن الغالب أنه تلحقه مشقة بالبحث عنه ، كذا قالاه . قال الأذرعى : ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما وعدم تأقيته ، فلو قال من رد عبدى إلى شهر فله كذا لم يصح كما فى القراض لأن تقدير المدة مخلّ بمقصود العقد فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض سواء أضم إليه من محل كذا أم لا وغير واجب على العامل ، فلو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله من المال فى يده لم يستحق شيئا لأن ذلك واجب عليه شرعا فلا يأخذ عليه عوضا ، وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو فى يده ويجب عليه ردّه ،

على مالو رد القبول من أصله كما لو قال لا أرد العبد وما هنا على مالو قبل ورد العوض وحده كقوله أرده بلا شى ، ثم رأيت سم على حج استشكل ذلك . وأجاب بقوله وقد يقال الرد عند العقد والفسخ بعد ذلك وينظر فيه بأن الذى عند العقد أقوى فى دفعه من المتأخر ، وقد يقال قوله لا أقبلها أو رددتها ليس صريحا فى الفسخ فلا ترتفع به وهو بعيد جدا فى رددتها اهـ (قوله استحق أجرة المثل) معتمد (قوله ورد المجنون كرد الجاهل) والمراد بالمجنون الذى ليس له نوع تمييز فلا ينافى مامر من استحقاق المجنون إذا رد بأن المراد بما تقدم من له نوع تمييز ، وعبارة سم على حج : أقول : يتجه فى المجنون أنه إن عين اشترط أن يكون له نوع تمييز بحيث يعقل الإذن وإلا كان رده كرد غير العالم بالإذن وإن لم يعين اشترط أن يرده بعد أن عقل الإذن لتمييزه وعلمه بالإذن إذ ردّه بدون ذلك كرد من لم يعلم الإذن فلا شىء له فليتأمل نعم إن عرض الجنون بعد علمه بالإذن فقد يتجه عدم اشتراط التمييز حال رده فليتأمل انتهى (قوله كرد الجاهل بالنداء) أى فلا يستحق (قوله للاستغناء عنه) أى عن عقد الجعالة (قوله أو إخبار فيه غرض وصدّق فيه) أى كأن دلّ من قال من دلنى على مالى فله كذا كما سيأتى فى كلام الشارح ، وليس منه إخبار الطبيب المريض بدواء ينفعه لأن مجرد الإخبار لا كلفة فيه (قوله أو عبدا) أى أو كان عبدا الخ (قوله وعدم تأقيته) أى ويشترط عدم الخ (قوله ويجب عليه) أى والحال أنه يجب عليه الخ . وقوله رده : أى

ساقط هنا من نسخ الشارح ، ولعله لفظ مردودة أو نحوه ، وغرضه من هذا الرد على الشهاب ابن حجر . فإن هذا كلامه (قوله ولو رده الصبى) يعنى الضالّ مثلا وإن أوهم ذكره فى هذا الموضع أن المراد القبول على أن هذا قد قدم عليه فلا محل له هنا (قوله لأن الغالب أنه تلحقه مشقة) لا خفاء أن هذا الكلام صريح فى أنه يستحق وإن لم تلحقه مشقة بالفعل نظرا للغالب وما من شأنه وحينئذ فلا يلاقيه قول الشارح ويجب أن يكون هذا فيما الخ (قوله وعدم تأقيته) معطوف على قوله أنه لابدّ الخ من قوله ، ومرّ أنه لابد من كون العمل فيه كلفة لكن لا بقيد كونه مرّ إذ لم يمر هذا (قوله فدله من المال فى يده) أى ويجب عليه رده كما لا يخفى

وقضيته أنه لو كان الدال أو الرادّ غير مكلف استحق. ويجاب بأن الخطاب متعلق بوليه لتعذر تعلقه به فلا يستحق شيئا، وأفتى المصنف فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه أو غيره بأنها جعالة مباحة وأخذ عوضها حلال ونقله عن جماعة: أى وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا (ويشترط) لصحة العقد (كون الجعل) مالا (معلوما) لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جوّز للحاجة ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل، ولأن جهالة العوض تفوّت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد فى العمل مع جهالة العوض ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معينا وبالوصف إن كان فى الذمة فلو قال من ردّ عبدى فله سلبه أو ثيابه فإن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم استحق المشروط. وإلا فأجرة المثل كما نقلاه وأقرّاه، واستشكل فى المهمات تبعا لابن الرفعة اعتبار الوصف فى المعين فإنهم منعوه فى البيع والإجارة وغيرهما. قال البلقينى: ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدّد فيها، بخلاف نحو البيع وقياسه صحته فله نصفه إن علم وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين، وما قاسه عليه الرافعى من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه فى الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءا من الرضيع بعد الفطام يقتضى تأجيل ملكه، وهنا إنما تملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع فى مشترك (ولو قال من ردّه فله ثوب) أو دابة (أو أرضيه) أو أعطيه خمرا أو خنزيرا أو مغصوبا (فسد العقد) لجهالة العوض أو نجاسة عينه أو عدم القدرة على تسليمه كما فى الإجارة (وللرادّ أجرة مثله) كالإجارة الفاسدة. ويستثنى من اشتراط العلم بالجعل مالو جعل الإمام

كالغاصب والسارق، بخلاف مالو رده من هو فى يده أمانة كأن طيرت الريح ثوبا إلى داره أو دخلت دابة داره فإنه يستحق بالرّد لأن الواجب عليه التخلية لا الردّ، فلا منافاة بين ماهنا وما مرّ فى قوله أو عبدا آبقا استحق لأن مامرّ فيما لو لم يجب عليه الرد (قوله وقضيته) أى قضية قولهم غير واجب (قوله أو الراد) أى للمال الذى فى يده (قوله فيمن حبس ظلما) مفهومه إذا حبس بحق مايستحق ما جعل له ذلك وينبغى أن يقال فيه تفصيل وهو أن المحبوس إن جاعل العامل على أن يتكلم مع من يطلقه على وجه جائز كأن تكلم معه على أن ينظره الدائن إلى بيع غلاته مثلا جاز له ذلك واستحق ماجعل له وإلا فلا. ووقع السؤال فى الدرس عما يقع كثيرا بمصرنا من أن الزياتين والطحانين ونحوهم كالمراكبية يجعلون لمن يمنع عنهم المحتسب وأعوانه فى كل شهر كذا هل ذلك من الجعالة أم لا والجواب عنه أنه من الجعالة الفاسدة لأن دفع مايلتزمه من المال ينزل منزلة مايلتزمه الإنسان فى مقابلة تخليصه من الحبس، وهذا مثله إن وقع منه عمل فيه مشقة فى الدفع عنه فيستحق أجرة المثل لما عمله، وإنما قلنا إنه جعالة فاسدة لأن العمل فيها غير معلوم إن لم تقدر بمدة مخصوصة، وهذا نظير ماتقدم فى إن حفظت مالى من متعدّ عليه فلك كذا (قوله لمن يتكلم فى خلاصه) قضيته أنه إذا تكلم فى خلاصه استحق الجعل وإن لم يتفق إطلاق المحبوس بكلامه، لكن فى كلام سم على حج فيما لو جاعله على الرقيا أو مداواته أنه إن جعل الشفاء غاية للرقيا والمداواة لم يستحق إلا إذا حصل الشفاء وإلا استحق الجعل مطلقا اهـ. فقياسه هنا أنه إن جعل خروجه من الحبس غاية لتكلم الواسطة لم يستحق إلا إذا خرج منه. وفى كلام سم أيضا بعد كلام طويل جواز الجعالة على ردّ الزوجة من عند أهلها نقلا عن الرافعى ثم توقف فيه وأقول: الأقرب ماقاله الرافعى وهو قياس ما أفتى به المصنف فيمن حبس ظلما الخ (قوله إن كان معينا) عبارة حج بمشاهدة العين أو وصفه أو وصف ما فى الذمة، وتفريع قوله ولو قال من رد الخ عليها ظاهر (قوله وإلا فأجرة المثل) قضيته الصحة أيضا فى فله الثوب الذى فى بيتى إن علم ولو بالوصف اهـ سم على حج. أقول: لكن ماذكره الشارح فى ثياب العبد وإن اقتضى ماذكره سم يخالف قوله أولا أو بالوصف إن كان فى الذمة (قوله فله نصفه إن علم) أى المردود (قوله يقتضى تأجيل ملكه) أى

لمن يدل على قلعة للكفار جعلا كجارية منها فإنه يجوز مع جهالة العوض للحاجة وما لوقال حج عنى وأعطيك نفقتك فيجوز كما جزم به الرافعي فى الشرح الصغير والمصنف فى الروضة ونقله فى الكبير عن صاحب العدّة ، وردّ بأن هذه لاتستثنى لأن هذا إرفاق لا جعالة ، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضاً فقال حج عنى بنفقتك ، وقد صرح الماوردى فى هذه بأنها جعالة فاسدة ، ونص عليه فى الأم (ولو قال) من ردّه (من بلد كذا فردّه) من تلك الجهة لكن (من) أبعد منه فلا زيادة له لتبرّعه بها أومن (أقرب منه فله قسطه من الجعل) لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل فبعضه فى مقابلة بعضه ، فإن ردّ من نصف الطريق استحق نصف الجعل أو من ثلثه استحق ثلثه . ومحله إذا تساوت الطريق سهولة وصعوبة وإلا كأن كانت أجرة النصف ضعف أجرة النصف الآخر استحق ثلثى الجعل ، أو من ذلك البلد ، أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى ، ولو ردّه من أبعد من المعين فلا شئ للزيادة لعدم الالتزام ، ولو ردّه من المعين ورأى المالك فى نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل ، ولو قال من ردّ عبدى فله كذا فردّ أحدهما استحق نصف الجعل استوت قيمتهما أو اختلفت ، ولو قال إن رددتما عبدى فلكما كذا فردّه أحدهما استحق النصف لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك ، ولو قال إن رددتما عبدىّ فلكما كذا فردّ أحدهما أحدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو ردّاهما استحقا المسمى ، ولو قال أوّل من يردّ عبدى فله دينار فردّه اثنان اقتسماه لأنهما يوصفان بالأولية فى الردّ ، ولو قال لكل من ثلاثة ردّه ولك دينار فردّوه فلكل منهم ثلثه توزيعا على الرؤوس ، هذا إذا عمل كل منهم لنفسه . أما لو قال أحدهم أعنت صاحبىّ فلا شىء له ولكل منهما نصف ماشرط له ، أو اثنان منهم أعنا صاحبنا فلا شىء لهما وله جميع

وهو مبطل (قوله ورد بأن هذا) أى قوله وما لو قال حج عنى الخ (قوله لأن هذا إرفاق) قال حج : وإذا قلنا بأنه إرفاق لزمه كفايته كما هو ظاهر ثم هل المراد بها كفايته أمثاله عرفا أو كفاية ذاته نظير مايأتى فى كفاية القريب والقن ؟ كلّ محتمل اهـ . أقول : والأقرب الثانى إن علم بحاله قبل سؤاله فى الحج وإلا فالأوّل ثم هل المراد باللزوم أنه يجب عليه ذلك من وقت خروجه حتى لو امتنع منه أجبر عليه أو من وقت الإحرام ولا يلزمه ذلك إلا إذا فرغ من أعمال الحج وقبل الفراغ للمجاعل الرجوع لأن غايته أنه كالجعالة وهى جائزة ؟ فيه نظر ، والأقرب الأخير ، وعليه فلو أنفق بعض الطريق ثم رجع وقلنا بجوازه فالظاهر أنه يرجع عليه بما أنفقه لوقوع الحج لمباشره كما لو استأجر المعضوب من يحج عنه ثم شفى المستأجر (قوله بأنها جعالة فاسدة) معتمد : أى فيستحق أجرة المثل (قوله وصعوبة) وفى نسخة : وحزونة (قوله لعدم الالتزام) هذه الصورة مكررة مع قوله أوّلا أبعد منه فلا زيادة الخ ، إلا أن يقال : مامرّ فيما لو رده من أبعد من المعين لكنه فى جهته وما هنا فيما لو ردّه من جهة أخرى والمردود منه أبعد مسافة من المعين (قوله استحق نصف الجعل) ولا ينافى هذا قول ع : لو ردّه وهو غير عالم ثم علم النداء فى البلد قبل أن يسلمه استحق : أى الجعل بتمامه لأنه لما كان المحل معينا فى الأولى كان الجعل موزعا على المسافة بخلاف الثانية (قوله بالأولية) أى وذلك لأن الأولية لاتستدعى ثانيا وإنما تستدعى عدم السبق بغيرها ،

(قوله ولو ردّه من أبعد الخ) هذا مكرر (قوله ورأى المالك فى نصف الطريق الخ) صريح فى أن ذهاب العامل للردّ لايقابل شىء ويلزم عليه أنه لو رأى المالك فى المحل الذى لقى فيه الآبق مثلا أنه لايستحق عليه شيئا وهو مشكل ، وربما يأتى فى الشارح مايقتضى خلافه فليراجع (قوله استوت قيمتهما أو اختلفت) انظر ما الفرق بين هذه والتى قبلها ، وفى العباب التسوية بينهما (قوله ولكل منهما نصف ماشرط له) يعنى ما شرط لأجل الرد

المشروط ، فإن شاركهم رابع فلا شيء له ، ثم إن قصد بعمله المالك أو قصد أخذ الجعل منه فلكل من الثلاثة ربع المشروط ، فإن أعان أحدهم فللمعاون بفتح الواو النصف وللآخرين النصف لكل واحد منهما الربع ، أو أعان اثنين منهم فلكل منهما ربع وثمن من المشروط وللثالث ربعه ، وإن أعان الجميع فلكل منهم الثلث كما لو لم يكن معهم غيرهم . فإن شرط لأحدهم جعلا مجهولا ولكل من الآخرين دينارا فردّوه فله ثلث أجرة المثل ولهما ثلثا المسمى . ولو قال أى رجل ردّ عبدى فله درهم فرده اثنان قسط الدرهم بينهما ، ولو كان عبد بينهما أثلاثا فأبق فجعلا لمن ردّه دينارا لزمهما بنسبة ملكيهما (ولو اشترى اثنان) فأكثر (فى رده اشتركا فى الجعل) لحصول الرد منهما والاشتراك فى الجعل على عدد الرؤوس وإن تفاوت عملهم لأنه لاينضبط حتى يوزع عليه . وصورة المسئلة إذا عمّ النداء كقوله من ردّه فله كذا ، ويخالف مالو قال من دخل دارى فأعطه درهما فدخلها جمع استحق كل واحد درهما لأن كل واحد داخل وليس كل واحد برادّ للعبد بل الكل ردّوه (ولو التزما جعلا لمعين) كإن رددت آبقى فلك دينار (فشاركه غيره فى العمل إن قصد إعانته) مجانا أو بعوض عنه (فله) أى لذلك المعين (كل الجعل) لأن قصد الملتزم الردّ ممن التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده ، بخلاف مامر فيما إذا أذن لمعين فردّ نائبه مع قدرته لأن المالك لم يأذن فيه أصلا ، ولا شيء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجرة ، ويؤخذ من كلامهم هنا وفى المساقاة كما أفاده السبكى جواز الاستنابة فى الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التى تقبل النيابة : أى ولو بدون عذر فيما يظهر ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله

ومن ثم لو قال أنت طالق بأوّل ولد تلدينه فولدت واحدا فقط طلقت به لأنه لم يسبقه غيره (قوله ثم إن قصد) أى الرابع ، وقوله أوقصد : أى الرابع أيضا ، وقوله ربع المشروط : أى ولا شيء له وسقط الربع الرابع عن المالك (قوله ولكل من الآخرين) أى بمعنى أنه قال لكل من الثلاثة بانفراده رد عبدى وقال لأحدهم ولك ثوب مثلا وللآخر ولك دينار وقال للثالث كذلك ، وليس المراد أنه جعل لمجموع الثلاثة ثوبا وديناربن (قوله قسط الدرهم بينهما) ووجهه أن كلا مأذون له فى الرد (قوله فلم يقصر لفظه) بهذا يندفع ما قد يتوهم من منافاة هذا بقوله السابق فعلم أن العامل المعين لايستنيب فيها إلا إن عذر الخ (قوله التى تقبل النيابة) أى بخلاف مالا يقبل النيابة كالمتفقه لايجوز له الاستنابة حتى عند السبكى إذ لايمكن أحدا أن يتفقه عنه اهـ حج . وكتب عليه سم مانصه : اعتمد مر جواز الاستنابة للمتفقه أيضا لأن المقصود إحياء البقعة بتعلم الفقه فيها وذلك حاصل مع الاستنابة وجوّز أن يؤخذ من ذلك أن تجوز الاستنابة للأيتام المنزلين بمكاتب الأيتام فليتأمل اهـ . وفى حاشية شيخنا الزيادى مثل ما اعتمده مر ، ولكن الأقرب ماقاله حج . وقول سم للأيتام : أى بشرط أن يكون يتيما مثله (قوله ولو بدون عذر فيما يظهر) وقع السؤال فى الدرس عما يقع كثيرا من أن صاحب الخطابة يستنيب خطيبا يخطب عنه ، ثم إن المستنيب يستنيب آخر هل يجوز له ذلك ويستحق ماجعله له صاحب الوظيفة أم لا ؟ والجواب عنه الظاهر أى يقال فيه إن حصل له عذر منعه من ذلك وعلم به المستنيب أو دلت القرينة على رضا صاحب الوظيفة بذلك جاز له لأن

فالضمير للرد المعلوم : أى نصف الدينار فى هذه الصورة ، ولا يصح عود الضمير لكل وكان الأوضح حذف له (قوله فإن شرط لأحدهم جعلا مجهولا ولكل من الآخرين) بأن قال لأحدهم إن رددته فلك دينار وللآخر كذلك وقال للثالث إن رددته أرضيك كما هو ظاهر ، بخلاف ما إذا شرط اجتماعهم وجعل لكل واحد منهم شيئا يخصه وإن أوهمته عبارة الشارح فهو غير مراد ، وسيأتى فى كلامه ماهو صريح فيما صوّرته به .

أو خيرا منه ويستحق المستنيب جميع المعلوم وإن أفتى ابن عبد السلام والمصنف بأنه لا يستحقه واحد منهما إذ المستنيب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر فلا ولاية له، وما نازع به الأذرعي من كون ذلك سببا لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائما مما أرصد للمناصب الدينية واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنزر يسير. قال غيره: وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيرا منه والزركشي بأن الريع ليس من قبيل الإجارة ولا الجعالة إذ لا يمكن وقوع العمل مسلما للمستأجر أو الجاعل وإنما هو إباحة بشرط الحضور ولم يوجد فلا يصح أخذه المذكور. وقضيته أنه لا شيء للمستنيب ولو بعذر ولو لمن هو خير منه، وقضية كلام الأذرعي خلافه وهو الأوجه عملا بالعرف المطرد بالمساحة حينئذ (وإن قصد) المشارك (العمل للمالك) الملتزم يعني بجعل أو بدونه أو لنفسه أو للعامل أو للجميع أو لاثنين منهم أو لم يقصد شيئا (فللأول قسطه) من الجعل وهو النصف منه إن شاركه

يستنيب مثله ويستحق ما جعل له. وإن لم يحصل ذلك له ولم تدل القرينة على الرضا بغيره لا يجوز. ولا شيء له على صاحب الوظيفة لعدم مباشرته، وعليه لمن استنابه من باطنه أجرة مثله من مال نفسه. ووقع السؤال فيه أيضا عن مسجد انهدم وتعطلت شعائره هل يستحق أرباب الشعائر المعلوم أم لا؟ والجواب عنه الظاهر أن يقال فيه إن من تمكنه المباشرة مع الانهدام كقراءة جزء به فإنه يمكنه ذلك ولو صار كوما استحق المعلوم إن باشر. ومن لا تمكنه المباشرة كبواب المسجد وفراشه استحق كمن أكره على عدم المباشرة. وهذا كله حيث لم يمكن عوده وإلا وجب على الناظر القطع على المستحقين وعوده إن أمكن وإلا نقل لأقرب المساجد إليه (قوله أو خيرا منه) أي فيما يتعلق بتلك الوظيفة حتى لو كانت قراءة جزء مثلا وكان المستنيب عالما لا يشترط في النائب كونه عالما بل يكفي كونه يحسن قراءة الجزء كقراءة المستنيب له، وعبارة سم على حج: أي باعتبار المقصود من الوظيفه. وفي حج أن المدار على وجود شروط الواقف في النائب (قوله ويستحق المستنيب جميع المعلوم) أي وللنائب ما التزمه له صاحب الوظيفة، وعليه فلو باشر شخص الوظيفة بلا استنابة من صاحبها لم يستحق المباشر لها عوضا لعدم التزامه له، وكذا صاحب الوظيفة حيث لم يباشر لا شيء له إلا إذا منعه الناظر أو نحوه من المباشرة فيستحق لعذره بترك المباشرة ومن هذا يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي أن رجلا بينه وبين ولد أخيه إمامة شركة بمسجد من مساجد المسلمين ثم إن الرجل صار يباشر الإمامة من غير استنابة من ولد أخيه وهو أن ولد الأخ لا شيء له لعدم مباشرته. ولا شيء للعم زيادة على ما يقابل نصفه المقرر فيه لأن العم حيث عمل بلا استنابة كان متبرعا، وولد الأخ حيث لم يباشر ولم يستنب لا شيء له لأن الواقف إنما جعل المعلوم في مقابلة المباشرة فما يخص ولد الأخ يتصرف فيه الناظر لمصالح المسجد فتنبه له فإنه يقع كثيرا، ووقع من بعض أهل العصر إفتاء بخلاف ذلك فاحذره فإنه خطأ (قوله أرباب الجهالات) وفي نسخة الجهات: وما في الأصل هو الأوفق بقوله الآتي كونه مثله أو خيرا منه الخ (قوله وقضية كلام الأذرعي) يتأمل هذا، فإن ما نقله عن الأذرعي حاصله منازعة من قال بالاستحقاق وهو موافق لما قاله

(قوله مردود باشتراط كونه مثله الخ) هذا إذا كان مراد الأذرعي بأرباب الجهالات النياب، وأما إن كان مراده بهم أرباب الوظائف بمعنى أنهم يأخذون الوظائف التي ليسوا أهلا لها ويستنيبون كما هو صريح عبارته فيرد بأن الكلام كله عند صحة التقرير في الوظيفة، وذلك لا يكون إلا لمن هو أهل فتأمل (قوله والزركشي) يعني ونازع الزركشي في كلام السبكي وإن كان خلاف قضية العطف وعذره أنه تبع هنا عبارة التحفة، لكن ذلك عبر في منازعة الأذرعي بقوله ورده الأذرعي فيصح عطف الزركشي عليه (قوله حينئذ) أي حين العذر وكون النا[ئب]

من ابتداء العمل سواء قصد نفسه أو الملتزم أم هما أم العامل والملتزم أم الجميع أم أطلق وثلاثة أرباعه إن قصد نفسه والعامل أو العامل والملتزم وثلثاه إن قصد الجميع (ولا شيء للمشارك بحال) أى فى حال مما ذكر لتبرّعه ولو قال الواحد إن رددته فلك دينار ولآخر إن رددته أرضيك فردّاه فللأوّل نصف الدينار وللآخر نصف أجرة مثل عمله ، ولو قال إن رددت عبدى فلك كذا فأمر رقيقه بردّه ثم أعتقه فى أثناء العمل استحق كل الجعل كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لإنابته إياه فى العمل المذكور ولا يؤثر طريان حريته كما لو أعانه أجنبى فيه ولم يقصد المالك ، وأفتى أيضا فى ولد قرأ عند فقيه مدّة ثم نقل إلى فقيه آخر فطلع عنده سورة يعمل لها سرور كالأصاريف مثلا وحصل له فتوح بأنه للثانى ولا يشاركه فيه الأول ، وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام : أحدها لازم من الطرفين قطعا كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع ، ولازم من أحدهما قطعا ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعا ومن جهة الزوج على الأصح وقدرته على الطلاق ليست فسخا . ثانيها لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعا كالكتابة ، وكذا الرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة . ثالثها جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل ولهذا قال (ولكل منهما) أى من الجاعل والعامل (الفسخ قبل تمام العمل) لأنه عقد جائز من الطرفين . أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية . وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالقراض وإنما يتصور الفسخ من العامل فى الابتداء إذا كان معينا بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه فى العمل ، والمراد بالفسخ رفع العقد وردّه ، وخرج بقوله قبل تمام العمل مابعده فإنه لا أثر للفسخ لأن الجعل قد لزم واستقر وعلم من جوازها انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع فى العمل فردّه إلى وارثه استحق قسط ماعمله فى الحياة من المسمى ، وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضا (فإن

الزركشى (قوله سواء أقصد) هى للشرط بمعنى إن قصد الخ (قوله وثلاثة أرباعه إن قصد نفسه والعامل أو العامل والملتزم) أى وذلك لأن مايخص العامل فى مقابلة عمله النصف والنصف الآخر فى مقابلة عمل المعاون له ، وقد أخرج منه للعامل نصفه وهو الربع وإذا ضم الربع إلى النصف الذى استحقه العامل كان مجموع ذلك ماذكر والربع الرابع يبقى للملتزم لعدم من يستحقه ، ومثل ذلك يقال فى الثلثين ، فإن العامل يستحق فى مقابلة عمله النصف وما تبرّع به المعاون له ثلث النصف الذى فضل يضم إليه النصف الذى استحقه ومجموعهما الثلثان (قوله استحق كل الجعل) أى السيد ظاهره وإن قصد العبد نفسه بعد الحرّية ، وقياس مالو قصد العامل نفسه حيث قلنا إن المعين إنما يستحق القسط سقوط مايقابل عمل العبد من وقت إعتاقه (قوله فطلع عنده) أى فقرأ عنده شيئا وإن قلّ ثم طلع سورة يعمل الخ (قوله وردّه) عطف تفسير (قوله فى الحياة من المسمى) أى ولا شيء له فى مقابلة مابعد الموت لعدم التزام الوارث له شيئا ، وظاهره وإن لم يعلم العامل بموت الجاعل قبل الرق ، وهو قياس مايأتى فى قوله ولو عمل العامل الخ ، بل أولى لأن الوارث هنا لم ينسب لتقصير فى إسقاط حق العامل بخلاف ما يأتى

مثل المستنيب أوخيرا منه ، وهذا لاينافى ما استظهره فيما مر فى قوله ولو بدون عذر فيما يظهر ، لأنه إذا صح مع عدم العذر فمعه أولى فاستيجاهه صحيح فتأمل (قوله كما لو أعانه الخ) قضية التشبيه أن العتيق لو قصد المالك حينئذ أن السيد المعتق لا يستحق شيئا فليراجع .

فسخ) ببنائه للمفعول : أى فسخه الجاعل أو العامل (قبل الشروع) فى العمل (أو فسخه العامل بعد الشروع) فيه (فلا شيء له) لأنه لم يعمل شيئا فى الأولى ولأن الجعل إنما يستحق فى الثانية بتمام العمل وقد فوّته باختياره ولم يحصل غرض المالك سواء أوقع ماعمله مسلما وظهر أثره على المحل أم لا ، وشمل كلامهم الصبى ، ويستثنى ما إذا زاد الجاعل فى العمل ولم يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك فله أجرة المثل لأن الجاعل هو الذى ألجأه إلى ذلك . قال فى المهمات : وقياسه كذلك إذا نقص من الجعل ، ورد أن النقص فسخ كما يأتى وهو فسخ من المالك لا من العامل ، ولو عمل العامل ، بعد فسخ المالك شيئا عالما به فلا شيء له ، أو جاهلا به فكذلك على الأصح وإن صرّح الماوردى والرويانى بأن له المسمى إذا كان جاهلا به واستحسنه البلقينى (وإن فسخ المالك) يعنى الملتزم ولو بإعتاق المردود مثلا كذا قاله الشيخ فى شرح منهجه ، والأقرب خلافه فلا يستحق العامل حيث أعتق المالك المردود شيئا لخروجه عن قبضته فلم يقع العمل مسلما له (بعد الشروع) فى العمل (فعليه أجرة المثل) لما مضى (فى الأصح) لأن جواز العقد يقتضى التسليط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ ، لكن عمل العامل وقع محترما فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالإجارة إذا فسخت بعيب . والثانى لاشيء للعامل كما لو فسخ بنفسه ، ولا فرق بين أن يكون ماصدر من العامل لايحصل به مقصود أصلا كردّ الآبق إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال إن علمت ابنى القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ، ولا يشكل مارجحوه هنا من استحقاق أجرة المثل بقولهم إذا مات العامل أو المالك فى أثناء العمل حيث ينفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى فى مسئلتنا بفسخه بخلافه فى تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل فى الانفساخ تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه بخلافه فى الفسخ محل نظر ، إذ لا أثر فى الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر للمتأمل (وللمالك) يعنى الملتزم (أن يزيد وينقص فى) العمل وفى (الجعل) ولو من غير جنسه ونوعه كما فهم بالأولى (قبل الفراغ) كالمبيع فى زمن الخيار سواء ماقبل الشروع وما بعده لأنه عقد جائز ، فلو قال من ردّ عبدى فله عشرة ثم قال من ردّه فله خمسة أو بالعكس فالاعتبار بالأخير (وفائدته بعد الشروع وجوب أجرة المثل له) لأن النداء الأخير فسخ للأوّل ، والفسخ فى أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل ، ومحله فيما قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معينا ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين . قال الغزالى فى وسيطه : ينقدح أن يقال يستحق أجرة المثل وهو الراجح كما اقتضاه كلامهما ؛ وقال الماوردى والرويانى : يستحق الجعل الأوّل ، وأقره السبكى والبلقينى

(قوله أو العامل) أى وإن كان صبيا كما يأتى ولعل المراد بالفسخ منه ترك العمل بعد الشروع وإلا ففسخ الصبى لغو (قوله فكذلك على الأصح) أى خلافا لحج (قوله فلا يستحق العامل) أى ومع ذلك ماقاله فى المنهج ظاهر لحصول التفويت من جانب المالك (قوله حيث أعتق المالك) وينبغى أن مثل الإعتاق الوقف لوجود العلة فيه (قوله فيما إذا كان) أى ظهر (قوله وهو الراجح) هذا مخالف لما تقدم فى قوله ولو عمل العامل بعد فسخ المالك الخ ،

(قوله تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك الخ) قال الشهاب سم : أى فكأن العقد باق بحاله لحصول المقصود به بلا منع منه ، وبهذا يتضح الفرق ويندفع النظر انتهى (قوله وهو الراجح كما اقتضاه كلامهما) قال الشيخ فى حاشيته : هذا مخالف لما تقدم فى قوله ولو عمل العامل بعد فسخ المالك الخ ، ووجه المخالفة أن تغيير المالك فسخ على ماذكره ، ومع ذلك جعل العامل مستحقا حيث لم يعلم التغيير انتهى . أقول : لامخالفة إذ ذاك فسخ لا إلى بدل

وغيرهما ، فعلى الأوّل لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ومن سمع النداء الثانى استحق الأول نصف أجرة المثل والثانى نصف المسمى الثانى ، وعلى قول الماوردى للأوّل نصف الجعل الأوّل والثانى نصف الثانى ، أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر لأن المال قد لزم ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ولهذا قال (ولو مات الآبق) أو تلف المردود (فى بعض الطريق) أو بباب المالك قبل تسلمه (أو هرب) كذلك أو غصب أو ترك العامل ورجع بنفسه (فلا شىء للعامل) لأنه لم يردّه والاستحقاق معلق بالردّ ، ويخالف موت أجير الحج فى أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله فى الأصح لأن القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد العامل المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه : أى وإن مات أو هرب بعد ذلك ، ويجرى ذلك فى تلف سائر محالّ الأعمال ، وفهم من تمثيل المصنف تصوير المسئلة بما إذا لم يقع العمل مسلما للجاعل ليخرج مالو مات الصبىّ فى أثناء التعليم فإنه يستحق أجرة ماعلمه لوقوعه مسلما بالتعليم كذا ذكراه ، ومحله إذا كان حرا كما قيده به فى الكفاية ، فإن كان عبدا لم يستحق إلا إذا سلمه لسيده أو حصل التعليم بحضرته أو فى ملكه ، قاله البلقينى والزركشى . وفى الشامل أنه لو خاط نصف الثوب ثم احترق وهو فى يد المالك استحق نصف المشروط انتهى . وقياسه فى مسئلة الصبىّ أن يكون له أجرة ماعمله من المسمى ، ولو خاط نصف الثوب واحترق أو بنى بعض الحائط فانهدم فلا شىء له ، ذكره فى الروضة عن الأصحاب ، ومحله إذا لم يقع العمل مسلما لما ذكراه فى مسئلة الصبىّ المارة . ولقول القمولى : لو تلف الثوب الذى خاط بعضه أو الجدار الذى بنى بعضه بعد تسليمه إلى المالك استحق أجرة ماعمل : أى بقسطه من المسمى ، وكذا يقدّر فى مسئلة الصبى ليوافق قول ابن الصباغ والمتولى فى مسئلة القمولى استحق من المسمى بقدر ماعمل وقول الشيخين لو قطع العامل بعض المسافة لردّ الآبق ثم مات المالك فردّه إلى الوارث استحق من المسمى بقدر عمله فى الحياة ، وقولهما فى الإجارة فى موضع ، لو خاط بعض الثوب واحترق وكان بحضرة المالك أو فى ملكه استحق أجرة ماعمل بقسطه من المسمى لوقوع العمل مسلما ، وفى موضع آخر : لو اكترى لخياطة ثوب فخاط بعضه واحترق ، وقلنا ينفسخ العقد : أى من أصله فله أجرة مثل ماعمله وإلا فقسطه من المسمى أو لحمل جرّة فزلق

ووجه المخالفة أن تغيير المالك النداء فسخ على ماذكره ومع ذلك جعل العامل مستحقا حيث لم يعلم التغيير (قوله ولو مات الآبق) .

[فرع] لو ردّ الآبق لإصطبل المالك وعلم به كفى كنظيره من العارية وغيرها مر اه سم على حج (قوله واستحق الجعل) أى فيدفعه له الحاكم من ماله إن كان وإلا بقى فى ذمة الملتزم (قوله ومحله إذا كان) أى الصبىّ (قوله سلمه لسيده) وهل مثل تسليم المعلم عود العبد بنفسه على ماجرت به العادة فى كل يوم إلى سيده أو لابد من تسليم الفقيه بنفسه أو نائبه فيه نظر ، والظاهر الأول (قوله بحضرته أو فى ملكه) كأن كان يعلمه فى بيت السيد (قوله وهو فى يد المالك) أى بأن سلمه له بعد خياطة نصفه أو خاط ببيت المالك وإن لم يكن بحضرته حيث أحضره لمنزله (قوله أن يكون له أجرة ماعمله) أى قسط ماعمله الخ (قوله ولو خاط نصف الثوب واحترق) أى وهو فى يده أى الخياط (قوله ومحله لم يقع العمل مسلما) أى بأن لم يكن بحضرة المالك ومن كونه بحضرته حضوره فى بعض العمل وأمره به (قوله وقلنا ينفسخ العقد) أى على المرجوح لما تقدم من أن الأصح جواز إبدال

فلهذا لم يستحق العامل لأن الجاعل رفع الجعل من أصله وهذا فسخ إلى بدل فلهذا استحق ، لأن الجاعل وإن ، ٤

فى الطريق فانكسرت فلا شىء له ، والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب فوقع العمل مسلما لظهور أثره على المحل والحمل لايظهر أثره على الجرّة ، وبما قالاه علم أنه يعتبر فى وجوب القسط فى الإجارة وقوع العمل مسلما وظهور أثره على المحل ومثلها الجعالة ، ومن ثم لو نهب الحمل أو غرق فى أثناء الطريق لم يجب القسط لأن العمل لم يقع مسلما للمالك ولا ظهر أثره على المحل ، بخلاف مالو ماتت الجمال مثلا أو انكسرت السفينة مع سلامة المحمول كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى (وإذا ردّه فليس له حبسه لقبض الجعل) لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق ، وكذلك ليس له حبسه إذا أنفق عليه بالإذن بالأولى (ويصدّق) بيمينه الجاعل سواء (المالك) وغيره (إذا أنكر شرط الجعل) كأن قال ماشرطت الجعل أو شرطته فى عبد آخر (أو سعيه) أى العامل (فى ردّه) كأن قال لم تردّه وإنما رده غيرك أو رجع بنفسه لأن الأصل عدم الرد والشرط وبراءة ذمته ، فلو اختلفا فى بلوغه النداء فالقول قول الرادّ بيمينه كما لو اختلفا فى سماع ندائه (فإن اختلفا) أى الجاعل والعامل بعد الاستحقاق (فى قدر الجعل) أو جنسه أو صفته ككونه درهما أو درهمين أو فى قدر العمل كأن قال شرطت مائة على ردّ عبدين فقال العامل بل على ردّ هذا فقط (تحالفا) وللعامل أجرة المثل كما فى القراض والإجارة ، وهذا إذا وقع الاختلاف بعد فراغ العمل والتسليم أو قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسط ماعمله ، ولو قال بع عبدى هذا أو اعمل كذا ولك عشرة وأتيا بما يصلح أن يكون إجارة وجعالة فإن كان العمل مضبوطا مقدرا فإجارة ، ولو احتاج إلى تردد غير مضبوط فجعالة كذا نقلاه ، والمراد أنه يجوز عقد الإجارة فى الشق الأوّل دون الثانى ويد العامل على المأخوذ إلى رده يد أمانة ، ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كأن خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره ، وإن وإن خلاه بلا تفريط كأن خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكه ، فإن أنفق عليه مدة الرد فمتبرع إلا إن أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، ولو كان رجلان ببادية ونحوها فرض أحدهما أو غشى عليه وعجز عن السير وجب على الآخر المقام معه إلا إن خاف على نفسه أو نحوها فلا يلزمه ذلك ، وإذا أقام معه فلا أجرة له ،

المستوفى به (قوله مع سلامة المحمول) أى سواء كان المالك حاضرا أو غائبا كما شمله إطلاقه ، وفى حج التقييد بكون المالك حاضرا (قوله فيما إذا وجب للعامل قسط) أى بأن كان الفسخ من المالك أو بعد تلف المجاعل على العمل فيه ووقع العمل سلما (قوله وأتيا) أى المتعاقدان (قوله مضبوطا مقدرا) أى كأن قال خط لى هذا الثوب ولك كذا (قوله فى الشق الأوّل) هو قوله مضبوطا وقوله دون الثانى هو قوله غير مضبوط : أى فيحمل اللفظ على الإجارة فى الشق الأول وعلى الجعالة فى الثانى (قوله ونفقته) أى الآبق

جعلا فقد أثبت جعلا بدله فالاستحقاق حاصل بكل حال (قوله فلو اختلفا فى بلوغه النداء) أى ولو بإعلام الغير لتفارق ما بعدها فتأمل (قوله والمراد أنه يجوز عقد الإجارة فى الشق الأوّل الخ) مراده به الجواب عن قول الزركشى والظاهر أن هذا من الإمام : أى المنقول عنه ماذكر تفريع على اختياره أن العمل فى الجعالة يشترط أن يكون مجهولا لكن صحح الشيخان خلافه اهـ . وحاصل الجواب أن الشق الأوّل يجوز عقد الإجارة عليه لانضباطه كما يجوز عليه عقد الجعالة ، بخلاف الثانى فإنه لايجوز عليه إلا عقد الجعالة لعدم انضباطه فليس مراده بذكر الإجارة فى الأوّل نفى صحة الجعالة فيه (قوله كأن خلاه بمضيعة) قال المصنف : لاحاجة إلى التقييد بالمضيعة فحيث خلاه ضمن اهـ . قال الأذرعى : مراد الرافعى أنه لو أراد الإعراض عن الرد فسبيله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ولا يترك ذلك هملا ولم يرد أنه يتركه بمهلكة انتهى .

فإن مات وجب عليه أخذ ماله وإيصاله إلى ورثته إن كان ثقة ولا ضمان عليه إن لم يأخذه ، وإن لم يكن ثقة لم يجب عليه الأخذ وإن جاز له ولا يضمنه فى الحالين ، والحاكم يحبس الآبق إذا وجده انتظارا لسيده ، فإن أبطأ سيده باعه الحاكم وحفظ ثمنه ، فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن ، وإن سرق الآبق قطع كغيره ، ولو عمل لغيره عملا من غير استئجار ولا جعالة فدفع إليه مالا على ظن وجوبه عليه لم يحل للعامل ، وعليه أن يعلمه أولا أنه لايجب عليه البذل ثم المقبول هبة لو أراد الدافع أن يهبه منه ، ولو علم أنه لايجب عليه البذل ودفعه إليه هدية حلّ ، ولو أكره مستحق على عدم مباشرة وظيفته استحق المعلوم كما أفتى به التاج الفزارى ، واعتراض الزركشى له بأنه لم يباشر ماشرط عليه فكيف يستحق حينئذ بردّ بأنه مستثنى شرعا وعرفا من تناول الشرط له لعذره ، ونظير ذلك ماعمت به البلوى من مدرس يحضر موضع الدرس ولا يحضر أحد من الطلبة أو يعلم أنه لو حضر لايحضرون بل يظهر الجزم بالاستحقاق هنا لأن المكره يمكنه الاستنابة فيحصل غرض الواقف بخلاف المدرس فيما ذكر . نعم إن أمكنه إعلام الناظر بهم وعلم أنه يجبرهم على الحضور فالظاهر وجوبه عليه لأنه من باب الأمر بالمعروف ، وقد أفاد الولى العراقى ذلك أيضا بل جعله أصلا مقيسا عليه ، وهو أن الإمام أو المدرس لو حضر ولم يحضر أحد استحق لأن قصد المصلى والمعلم ليس فى وسعه وإنما عليه الانتصاب لذلك وأفتى أيضا فيمن شرط الواقف قطعه عن وظيفته إن غاب فغاب لعذر كخوف طريق بعدم سقوط حقه بغيبته . قال ولذلك شواهد كثيرة وأفتى الوالد رحمه الله تعالى

(قوله وإن جاز له) يتأمل فيه فإن تركه يؤدى إلى ضياعه وقضية مامر فى اللقطة أنه يجب عليه الأخذ حيث خاف ضياعه وإن كان فاسقا لكن لاتثبت يده عليه بل ينتزعه الحاكم منه فالقياس هنا كذلك (قوله والحاكم يحبس الآبق) أى وجوبا لأنه من المصالح العامة ، وإذا احتاج لنفقة أنفق عليه من بيت المال مجانا قياسا على اللقيط ، فإن لم يكن فيه شىء اقترض على المالك ثم على مياسير المسلمين قرضا (قوله ولو أكره مستحق) وفى معنى الإكراه فيستحق أيضا المعلوم مالو عزل عن وظيفة بغير حق وقرر فيها غيره إذ لاينفذ عزله . نعم إن تمكن من مباشرتها فينبغى توقف استحقاق المعلوم عليها اهـ سم على حج . ويؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن طائفة من شيوخ العربان شرط لهم طين مرصد على غفر محل معين وفيهم كفاءة لذلك وقوة وبيدهم تقرير فى ذلك ممن له ولاية التقرير كالباشا وتصرفوا فى الطين المرصد مدة ثم إن ملتزم البلد أخرج المشيخة عنهم ظلما ودفعها لغيرهم وهو أنهم يستحقون ذلك وإن كان غيرهم مثلهم فى الكفاءة بالقيام بذلك بل أو أكفأ منهم لأن المذكورين حيث صح تقريرهم لايجوز إخراج ذلك عنهم (قوله ولا يحضر أحد من الطلبة) أى لم يحضر أحد يتعلم منه ، وليس المراد المقررين فى وظيفة الطلب لأن غرض الواقف إحياء المحل وهو حاصل بحضور غير أرباب الوظائف ، قاله شيخنا العلامة الشوبرى ، ولو شرط الواقف أن يقرأ فى مدرسته كتاب بعينه ولم يجد المدرس من فيه أهلية لسماع ذلك الكتاب والانتفاع منه قرأ غيره لما مر من أنه إذا تعذر شرط الواقف سقط اعتباره وفعل مايمكن لأن الواقف لايقصد تعطيل وقفه (قوله وإنما عليه الانتصاب) هذا قد يقتضى أن استحقاقه المعلوم مشروط بحضوره والمتجه خلافه فى المدرس بخلاف الإمام ، والفرق أن حضور الإمام بدون المقتدين يحصل به إحياء البقعة بالصلاة فيها ، ولا كذلك المدرس فإن حضوره بدون متعلم لا فائدة فيه فحضوره يعد عبثا (قوله وأفتى أيضا) أى الولى العراقى (قوله سقوط حقه بغيبته) أى وإن طالت مادام العذر قائما ، لكن ينبغى أن محله حيث استناب أو عجز عن الاستنابة . أما لو غاب

بحل النزول عن الوظائف بالمال أى لأنه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له لأنه بالخيار بينه وبين غيره ولو قال اقترض لى مائة ولك عشرة فهو جعالة ذكره الماوردى والرويانى . والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب وله الحمد ظاهرا وباطنا أوّلا وآخرا .

وقد تم النصف الأوّل من « شرح المنهاج » على يد مؤلفه . غفر الله له ذنبه وستر عيبه (محمد بن أحمد الرملى الأنصارى الشافعى) حامدا ومصليا ومسلما ومحسبلا ومحوقلا فى ثامن عشر جمادى الآخرة سنة سبع وستين وتسعمائة وأسأله الإعانة على الإتمام بجاه محمد سيد الأنام ومصباح الظلام . وهو حسبى ونعم الوكيل . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم آمين .

لعذر وقدر على الاستنابة فلم يفعل فينبغى سقوط حقه لتقصيره (قوله بحل النزول عن الوظائف) ومن ذلك الجوامك المقرر فيها فيجوز لمن له شىء من ذلك وهو مستحق له بأن لا يكون له مايقوم بكفايته من غير جهة بيت المال النزول عنه ويصير الحال فى تقرير من أسقط حقه له موكولا إلى نظر من له ولاية التقرير فيه كالباشا فيقرر من رأى المصلحة فى تقريره من المفروغ له أو غيره . وأما المناصب الديوانية كالكتبة الذين يقررون من جهة الباشا فيها فالظاهر أنهم إنما يتصرفون فيها بالنيابة عن صاحب الدولة فيما ضبط مايتعلق به من المصالح ، فهو مخير بين إبقائهم وعزلهم ولو بلا جنحة ، فليس لهم يد حقيقة على شىء ينزلون عنه ، بل متى عزلوا أنفسهم انعزلوا ، وإذا أسقطوا حقهم عن شىء لغيرهم فليس لهم العود إلا بتولية جديدة ممن له الولاية ، ولا يجوز لهم أخذ عوض على نزولهم لعدم استحقاقهم لشىء ينزلون عنه ، بل حكمهم حكم عامل القراض فمتى عزل نفسه من القراض انعزل فافهمه فإنه نفيس (قوله لأنه) أى الناظر . وقوله بالخيار بينه وبين غيره ظاهره وإن شرط الرجوع على الفارغ إذا لم يقرر فى الوظيفة . وقال سم فى القسم والنشور : يرجع حيث شرط ذلك ، وكتب الشارح بهامش نسخته مانصه : وللمنزول له فى هذه الحالة الرجوع إن شرطه أو أطلق ودلت قرينة على بذل ذلك فى تحصيلها له ولا يمنع رجوعه براءة حصلت به بينهما وإلا فلا (قوله ولك عشرة) أى فى مقابلة الاقتراض (قوله فهو جعالة) أى ويقع الملك فى المقترض للقائل فعليه ردّ بدله ، وفيه تفصيل فى الوكالة فراجعه .

تمّ الجزء الخامس . ويليه الجزء السادس وأوله :

كتاب الفرائض

فهـــــرس

الجزء الخامس

من نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج وحواشيها

صحيفة

صحيفة